Was heißt „mildestes Gesetz“ im Sinne des § 2b StGB.?

Abhandlung

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität

zu Bonn

vorgelegt von

Karl Zander

Gerichtsreferendar

aus Bad Godesberg

Druckerei Orthen, Köln, Antoniterstraße 10

1937

Angenommen auf Bericht

des Professors Dr. A. Graf zu Dohna

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

Vorbemerkung 11

I. Der Ausgangspunkt der Problemstellung 13

1. Der Begriff des mildesten Gesetzes im § 2 Abs. 2 a. F. StGB. 13

2. Die gleiche Beurteilung des mildesten Gesetzes im § 2b und § 2 Abs. 2 a. F. StGB. durch das Reichsgericht 13

3. Die Ablehnung der Auffassung des Reichsgerichts durch Vergleich des § 2b mit § 2 a. F. StGB. 14

II. Die Voraussetzung und Grundlage der Untersuchung . . . 16

1. Allgemeine Maxime der Konkurrenzlehre 16

2. Bei der kumulativen Konkurrenz und bei der Alternativität der Strafgesetze Anwendung des „strengsten Gesetzes" . . 17

3. Bei der Alternativkonkurrenz Bestrafung aus dem „mildesten Gesetz" 17

III. Das eigentliche Problem 18

1. Auf materiell-rechtlichem Gebiete 18

a) Der Widerstreit der Theorien 18

aa) Die Bindung an den Vergleich der Gesetze . . . 18

bb) Die im Einzelfall zu verhängende günstigste Strafe soll das „mildeste Gesetz" bestimmen 19

b) Welcher Vergleichsmaßstab kann Anwendung finden? . 19

aa) Die Schwierigkeit einer abstrakten Vergleichsmöglichkeit 19

bb) Die Bedeutung der Nebenfolgen 21

c) Weitere aus der Problemstellung hervorgehende Fragen 21

2. In prozessualer Hinsicht 21

IV. Die Methode 23

1. Die teleologische Methode 23

2. Die phänomenologische Methode 24

3. Die induktive und die deduktive Methode 25

V. Die Anwendung der Methode 26

1. Untrennbarkeit von Voraussetzung und Folgerung . . . 26

2. Die Voraussetzung 26

a) Ihre Bedeutung und ihr Inhalt 26

aa) Die historische Entwicklung und die Praxis des Reichsgerichts 26

bb) Die Stellungnahme der Literatur 27

cc) Die heutige gesetzliche Regelung 27

b) Ihr Wesen und ihre Rechtsnatur 28

aa) Not- und Zwecklösung zur Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs 28

bb) Keine Vergünstigungsvorschrift für den Angeklagten 29

3. Die Folgerung 29

a) Der Auftrag des Gesetzgebers 29

b) „Gesetz" ein feststehender Begriff 30

c) Das „mildeste Gesetz" 31

aa) Das Richtmaß 32

bb) Die Relativität des mildesten Gesetzes 34

Seite

4. Die Umkehrung des im § 73 StGB. zum Ausdruck gebrachten Prinzips in § 2b StGB. 36
   a) Anwendung dieses Grundsatzes nur, soweit beiderseits die entsprechenden Voraussetzungen dazu vorhanden sind 36
   b) Die praktische Folgerung der Anwendung dieses Grundsatzes 37
      aa) in Bezug auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts betr. den Vergleich der abstrakten Strafrahmen . 37
      bb) bezüglich der Exklusivität des „mildesten" und des „strengsten Gesetzes" 38

VI. Die sonstigen Auswirkungen der Anwendung des „mildesten Gesetzes" 41
   1. Die eindeutige Urteilsformel eine Fiktion? 41
   2. Die Folgen der eindeutigen Verurteilung 41

VII. Zusammenfassendes Ergebnis 43
   1. De lege ferenda 43
   2. De lege lata 43

Literaturverzeichnis.

Baumgarten, A.: Das Wesen der Strafrechtswissenschaft. Basel 1925.
Becker: Die „besonders schweren Fälle" des Strafrechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts; in D. J. 1935, S. 1188 ff.
Binding: Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.
Bruns: Die Bestrafung aus dem mildesten Gesetz bei wahldeutiger Tatfeststellung (§ 2b StGB.); in D. Strafr. 1936, Heft 7/8, Bd. 3, S. 277 ff.
Coenders: Zur Strafrechtsreform; in D. Strafr. 1934, S. 177.
Dalcke: Strafrecht und Strafprozeß. Berlin 1936 (27. Aufl.).
Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht über die Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts. Berlin 1934.
Graf zu Dohna: Das alternative Strafurteil; in ZStW. 1936, Bd. 55, S. 581.
— Bemerkungen zum kommenden Deutschen Strafrecht; in MonSchr. f. Krim. Psych. XXVI, S. 97.
— Subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit; in MonSchr. f. Krim. Psych. XXV, S. 177.
— Die Rechtswidrigkeit. Halle 1905.
— Die Sicherungsstrafe; in ZStW. Bd. 44, S. 39.
— Konkurrenz von Rechtsfolgen strafbaren Unrechts; in ZStW. Bd. 54, S. 410.
— Aufbau der Verbrechenslehre. Bonn 1936.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin 1929, 4. Aufl.
Frank, R.: Kommentar zum Strafgesetzbuch. Tübingen 1926.
— Nachtrag zur achtzehnten Auflage. Tübingen 1936 (Schäfer und v. Dohnanyi).
Frank, Hans: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. München 1935, 2. Aufl.
Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.
Graf Gleispach: Grundsätze zum kommenden deutschen Strafrecht; in Deutsches Recht, 1934, S. 349.
von Gemmingen: Probleme der Strafrechtsanwendung. Tübingen 1934.
Grünhut: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. Tübingen 1926.
— Alternative Tatsachenfeststellung im Strafprozeß; in MonSchr. f. Krim. Psych. Bd. 25, S. 327.
Gürtner: Das kommende Deutsche Strafrecht. Berlin 1934.
— Das kommende Deutsche Strafrecht. Berlin 1935.
Hahn: Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung. Berlin 1885.
Hauck: Das Problem der alternativen Feststellung im Strafrecht. Diss. Köln 1935.
Heck: Die Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1914.
Hentel: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Hamburg 1934.
Hubernagel: Das Alternativ-Strafurteil als Doppelwirkung; in Deutsches Strafrecht. 1934, S. 329.
Jahrbuch des Deutschen Rechts, 1934, S. 60, 494, 745; 1935, S. 55, 253, 819, 764.

Keet Sin Liu: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 221: „Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht."
Kerrl: Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift.
Klee: Zum kommenden Deutschen Strafrecht; in DJZ. 1934, Sp. 1303.
Kohlrausch: Das kommende Deutsche Strafrecht; in ZStW. Bd. 55, S. 384.
— Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin 1936.
— Zweiter Ergänzungsband zum Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. 1936.
Lehmann: Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935; in JW. 1935, S. 2327.
Lobe: Alternative Tatbestände; in GerS. Bd. 104, S. 171; Bd. 107, S. 138.
Mayer, Hellm.: In JW. 63, S. 294.
— Das Strafrecht des Deutschen Volkes. Stuttgart 1936.
Mayer, M. E.: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Heidelberg 1923.
Mezger: Kriminalpolitik. Stuttgart 1934.
— Strafrecht. München und Leipzig 1931.
— Deutsches Strafrecht. Berlin 1936.
Münster: Die Zulässigkeit von Alternativschuldfeststellungen im Strafprozeßrecht; in JW. 63, S. 463.
Niethammer: Zulässigkeit der Verurteilung wegen Diebstahls oder Hehlerei; in DRZtg. 1934, S. 169.
— in Olshausens Nachtrag, Note 6 Abs. 2 zu § 2b.
Nüse: Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 324: „Problem der Zulässigkeit der Alternativschuldfeststellungen im Strafprozeß.
— In JW. 63, S. 463.
Oetker: Alternative Schuldfeststellungen; in GerS. Bd. 106, S. 401.
— Grundprobleme der nationalsozialistischen Strafrechtsreform; in DJZ. 1935, Sp. 5.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin 1927.
— Nachtrag. Ergänzungsband, Berlin 1936.
Ostern: Die Alternativität bei strafprozessualen Willenserklärungen. Breslau 1902.
Pfundtner-Neubert: Das neue Deutsche Reichsrecht (Strafrecht).
Reichsgerichts-Entscheidungen und Oberlandesgerichts-Entscheidungen.
Rumpf: Der Strafrichter. 2 Bände, Berlin 1912.
Sauer: In ZStW. Bd. 50, S. 189.
Schäfer: Das Gesetz zur Aenderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935; in JW. 64, S. 2323.
Schäfer-Lehmann-Dörffler: Die Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren von 1935. Berlin 1936.
Schäfer-Richter-Schafheutle: Die Strafgesetz-Novellen von 1933 bis 1934. Berlin 1934.
Schaffstein (Dahm): Liberales oder autoritäres Strafrecht? Hamburg 1932.
Schaffstein: Nationalsozialistisches Strafrecht; in ZStW. Bd. 53, S. 603 ff.
— Politische Strafrechtswissenschaft. Hamburg 1934.
— In JW. 1936, S. 113.
Schlegelberger: Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung. Berlin 1934.
Schmidt: Aus der Lehre vom milderen Strafgesetz im Sinne des § 2 Abs. 2 StGB. Diss. Frankfurt a. M. 1932.
Schmitt, Carl: Staat, Bewegung, Volk. Hamburg 1933.
Schwarz: Kurzkommentar zum Strafgesetzbuch. 1935.
— Das Problem der Alternativfeststellung; in Strafrechtl. Abhandl. Heft 368.
— Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935; in GerS. Bd. 106, S. 259.

Schwinge: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonn 1930.
— Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft. Bonn 1933.
— In ZStW. Bd. 52, S. 236.
Siegert: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate. Tübingen 1934.
Spohr: Der besonders schwere Fall im neuen Strafrecht; in D. J. 1934, S. 1051 ff.
Staks: In JW. 1935, S. 2939.
Thierack: Neues deutsches Strafrecht; in DJZ. 1935, Sp. 913.
Prinz zu Wied: Die alternative Feststellung im Strafrecht. Diss. Würzburg 1936.
Zeiler: Die alternative Tatsachenfeststellung durch den Strafrichter; in DRZtg. 1914, Sp. 530.
— Noch einmal die Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung; in ZStW. Bd. 43, S. 596.
— Strafurteil auf wahldeutiger Grundlage; in D. J. 1934, S. 901.
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 1935, S. 98 (Strafrecht).

Abschluß der Arbeit: Anfang Januar 1937.

Vorbemerkung.

Das Problem der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des alternativen Strafurteils hat durch die Einführung des § 2b ins Strafgesetzbuch und des § 267b in die Strafprozeßordnung eine gesetzliche Regelung gefunden. Glaubte das Reichsgericht noch bei seiner Alternativentscheidung im 68. Bande S. 259 eine „rechtsschöpferische Tätigkeit" entfalten zu müssen, so gehört nunmehr die Wahlfeststellung mit ihren Folgen für den Richter in den Aufgabenbereich der Gesetzes- oder „Rechtsanwendung" (RG. ebenda). Damit wird ein Teil der bisher äußerst umstrittenen Fragen hinfällig. Andere Probleme treten dafür umsomehr in den Vordergrund. Nach der gesetzlichen Vorschrift ist der auf Grund einer Wahlfeststellung zu verurteilende Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen. Dieser Gesetzesbefehl besitzt eine größere Tragweite, als man auf den ersten Blick anzunehmen geneigt ist. Denn obwohl die im § 2b StGB. gewählte Formulierung des Gesetzestextes eindeutig und klar erscheint, hat sie doch zu verschiedener Auslegung geführt. Außerdem tauchen — abgesehen von den Auswirkungen dieser Vorschrift in prozessualer Hinsicht — bei der Ermittlung und Anwendung des mildesten Gesetzes Schwierigkeiten auf, die der Klärung bedürfen. Eine Prüfung der Frage: Was heißt mildestes Gesetz im Sinne des § 2b StGB.? ist daher gerechtfertigt und geboten.

Die vorliegende Arbeit will den im § 2b StGB. angewandten Begriff des mildesten Gesetzes aus dem Wesen und Zweck der Wahlfeststellung heraus entwickeln und umgrenzen. Sie will hauptsächlich in der Betrachtung der Entwicklung des ganzen Problems die Beantwortung der aufgeworfenen Streitfragen suchen. Sie will insbesondere zeigen, daß eine noch bessere Gesetzesformulierung möglich und zur Beseitigung der vorhandenen und zur Vermeidung weiterer Kontroversen erwünscht und notwendig ist.

I. Der Ausgangspunkt der Problemstellung.

Das gesetzlich geregelte Anwendungsgebiet des mildesten Gesetzes beschränkte sich vor der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935 auf § 2 a. F. StGB. Schon vor der gesetzlichen Fixierung der Wahlfeststellung bestand stets Einigkeit darüber, daß auch im Falle einer alternativen Entscheidung nur das mildeste Gesetz Anwendung finden dürfe. Doch das Problem der Wahlfeststellung selbst war so umstritten und stand so sehr im Vordergrund, daß man im Streite um ihre Zulässigkeit die Behandlung ihrer Folgerung, nämlich der Anwendung des mildesten Gesetzes, vernachlässigte. So wurde der für die Wahlfeststellung geprägte Begriff „mildestes Gesetz" bislang in der Literatur[1]), wenn überhaupt, nur verhältnismäßig kurz erörtert; er erfuhr jedenfalls nicht die Behandlung, die er entsprechend seiner Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft verdient. Nachdem der Gesetzgeber nunmehr den Kampf um die Voraussetzung beigelegt hat, ist die Untersuchung der Folgerung von ganz besonderem Interesse.

1. Der Begriff des mildesten Gesetzes im § 2 Abs. 2 a. F. StGB.

Wenn sowohl im § 2 Abs. 2 a. F. StGB. wie auch im § 2b StGB. vom „mildesten Gesetz" die Rede ist, liegt es nahe, diesen beiden Vorschriften gemeinsamen Begriff übereinstimmend auszulegen; denn kommt ein und derselbe Ausdruck in verschiedenen Gesetzen vor, so sollte man annehmen, er habe jedesmal dieselbe Bedeutung. Das trifft deshalb nicht immer zu, „weil sehr oft die verschiedene Rechtsschutzaufgabe der verschiedenen Vorschriften eine andersartige Deutung erheischt[2])". Nach § 2 Abs. 2 a. F. StGB. war bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung das mildeste Gesetz anzuwenden. Das heißt m. a. W., daß im Falle einer Aenderung der Gesetzgebung in der Zeit zwischen der Begehung der Tat und ihrer Aburteilung Bestrafung aus dem mildesten Gesetz vorgeschrieben war. Die Auslegung dieser Vorschrift war äußerst umstritten[3]). Nach der herrschenden Auffassung gilt als das mildeste Gesetz im Sinne des früheren § 2 dasjenige Gesetz, dessen Anwendung auf den konkreten Fall die für den Täter mildeste Beurteilung bzw. das für ihn günstigste Ergebnis herbeizuführen vermag[4]) Nach § 2b StGB. muß der Rechtsbrecher, wenn eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich ist, ebenfalls aus dem mildesten Gesetz bestraft werden.

2. Die gleiche Beurteilung des mildesten Gesetzes im § 2b und § 2 Abs. 2 a. F. StGB. durch das Reichsgericht.

Die vorhin angedeutete Möglichkeit, auf das mildeste Gesetz im § 2b StGB. die in Literatur und Rechtsprechung herausgebildeten Grundsätze für das mildeste Gesetz im § 2 Abs. 2 a. F. StGB. zu übertragen, ist in der Praxis Wirklichkeit geworden. In Bezug auf die Wahlfeststellung sagt das Reichs-

1) Zeiler in DRZtg. 1914 Sp. 570 ff.; ders. in ZStW. Bd. 42 S. 665; Rumpf, Strafrichter II S. 181 ff.; Nüse in JW. 63 S. 465; RG. in JW. 63 S. 299; desgl. H. Mayer in JW. 63 S. 298.
2) Schwinge, Teleol. Begr. S. 54.
3) Vergl. Mezger S. 67 ff.; Lobe § 2 Anm. 3; M. E. Mayer, Strafr. Allgem. Teil S. 29 ff.
4) Vgl. Frank § 2, IV; Lobe § 2, V; Mezger S. 67.

gericht[5]): „Die Frage, welches Gesetz das mildeste sei, ist im allgemeinen nicht anders zu beurteilen als für den früheren § 2 Abs. 2 StGB." Andere Interpreten wie Staks[6]), Schäfer[7]), Kohlrausch[8]) und Bruns[9]) vertreten dieselbe Auffassung. Ob dieser Standpunkt gerechtfertigt ist, muß ein Vergleich der beiden genannten Vorschriften ergeben[10]).

3. Die Ablehnung der Auffassung des Reichsgerichts durch Vergleich des § 2b mit § 2 a. F. StGB.

Abgesehen von der Anordnung der Bestrafung aus dem mildesten Gesetz haben die beiden vom Reichsgericht zueinander in Beziehung gesetzten Bestimmungen keine gemeinsamen Berührungspunkte. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, daß die Regelung des § 2 a. F. StGB. gänzlich anderen Zwecken dient und von völlig anderen Voraussetzungen ausgeht, als die Bestimmung des § 2b StGB. Jene Vorschrift setzt einen Wechsel oder eine Aenderung der Strafgesetzgebung voraus, diese ist hiervon unabhängig. § 2 Abs. 2 a. F. stellte nach der herrschenden Lehre eine Ausnahme von dem im § 2 Abs. 1 a. F. ausgesprochenen Grundsatz der Nichtrückwirkung eines Strafgesetzes zugunsten eines milderen Gesetzes dar, um dem Angeklagten die Wohltat dieses milderen Gesetzes, u. a. auch die einem milderen Zwischengesetzes, zuzuwenden. Der Abs. 2 trägt einer geläuterten Rechtsauffassung Rechnung, wonach der Gesetzgeber ein früher für strafbar oder erhöht strafbar erachtetes Verhalten bei gleichbleibender Sachlage für nicht mehr oder nur minder strafbar hält. Dem Grundgedanken des Abs. 2 entsprechend muß somit geprüft werden, ob die Gesetzesmilderung auf einer Läuterung der Rechtsauffassung beruht. Es ist also grundsätzlich bei der Auslegung — unter Vorbehalt von Ausnahmen — davon auszugehen, daß die Milderung des Gesetzes in einer Milderung der Gesinnung des Gesetzgebers zu suchen ist, und es ist weiter zu prüfen, ob der Gesetzgeber dem noch vor der Aburteilung stehenden Verbrecher die Wohltat des mildesten Gesetzes zugute kommen lassen will. Unter diesem Gesichtswinkel betrachtet, muß denn auch die Konsequenz gezogen und das mildeste Gesetz nach § 2 Abs. 2 a. F. StGB. gefunden werden. Gleichgültig ist für vorliegende Zwecke ein Eingehen auf die Streitfrage, ob es sich im § 2 Abs. 2 StGB. um eine Rückwirkung oder um einen vollen oder teilweisen Verzicht auf Strafe handelt. Denn § 2b StGB. behandelt weder die Frage der Rückwirkung, noch kann er einen Verzicht auf einen Strafanspruch enthalten, dessen Existenz überhaupt nicht erwiesen ist. Der Gesetzgeber bezweckt mit dem § 2 Abs. 2 a. F. StGB. eine ausgesprochene Milde gegenüber dem Angeklagten, während er durch den § 2b StGB. den Verbrecher gerade erst der Bestrafung zuführen will. Außerdem ergibt in § 2 Abs. 2. a. F. StGB. regelmäßig die Anwendung des Gesetzes mit der niedrigsten Strafandrohung „in thesi" auch die mildeste Strafe „in hypothesi". Das kann aber, wie sich aus den späteren Darlegungen noch ergeben wird, hinsichtlich des § 2b StGB. nicht in dieser Allgemeinheit gesagt werden. Berücksichtigt man dann noch, daß im § 2 a. F. StGB. der Sachverhalt völlig geklärt ist und feststeht,

5) RG. Bd. 69 S. 373.
6) In JW. 1935 Sp. 2939.
7) In Frank Nachtrag § 2b III, 1.
8) StGB. § 2b.
9) DStrR. N. F. 1936, Heft 7/8, S. 278.
10) An die Stelle des früheren § 2 ist heute der § 2a getreten. Eine Bestrafung des Angeklagten nach diesem Gesetz wird dem Richter aus dem Grunde weniger Schwierigkeiten bereiten als im Falle des § 2, weil jetzt die Anwendung des mildesten Gesetzes nicht mehr zwingend vorgeschrieben ist. „Es kann das mildere Gesetz angewandt werden", heißt es im § 2a StGB. Eine weitere Behandlung dieser Bestimmung erübrigt sich in diesem Zusammenhang, da die Literatur und Rechtsprechung zum früheren § 2, soweit das mildeste Gesetz in Betracht kommt, auf § 2a anwendbar ist. Ein Vergleich des § 2 a. F. mit § 2b zeigt gleichzeitig, ob § 2a hinsichtlich des mildesten Gesetzes dem § 2b zum Vorbild dienen kann.

daß die abzuurteilende Tat grundsätzlich sowohl den Tatbestand des strengsten wie den des mildesten Gesetzes erfüllt, also gar nicht die später eingehender zu behandelnde Problematik des § 2b StGB. aufweist, so leuchtet ohne weiteres ein, daß Voraussetzung und Zweck bei jener Bestimmung völlig andere sind als bei dieser und daß deshalb das dort ausgesprochene Prinzip nicht einfach auf § 2b StGB. übertragen werden darf.

II. Die Voraussetzung und Grundlage der Untersuchung.

Erkenntnistheoretisch erscheint der vom Reichsgericht und seinen Anhängern gewiesene Weg aus den dargelegten Gründen nicht bedenkenfrei. Welche Grundsätze können aber nun eine Grundlage für die Beantwortung der im Thema gestellten Frage bilden? Die Wahlfeststellung führt naturnotwendig ein alternatives Zusammentreffen mehrerer Gesetze herbei. Kann man aber auch im Falle des § 2 Abs. 2 a. F. StGB. von einer Konkurrenz mehrerer Gesetze sprechen? Es bedeutet doch etwas völlig Verschiedenes, ob infolge einer unvermeidbaren Wahlfeststellung sich eine Konkurrenz der in Betracht kommenden Gesetze ergibt, oder ob genau feststeht, daß ein bestimmtes Delikt begangen wurde, und der Gesetzgeber nur seine mildere Auffassung von der Strafwürdigkeit des Verhaltens dem Täter zugute kommen läßt. Wie die §§ 73 und 74 StGB. Einheit und Mehrheit des Verbrechens behandeln, regelt § 2b StGB. die sachliche Konkurrenz mehrerer zur Wahl stehender Tatbestände. Dagegen trifft § 2 a. F. StGB. Bestimmungen über das zeitliche Geltungsgebiet der Strafgesetze, wie die §§ 3 ff. StGB. Vorschriften über das räumliche Geltungsgebiet der Strafrechtssätze enthalten. Systematisch gehört daher die Anordnung der Bestrafung aus dem mildesten Gesetz nach § 2b StGB. zu den Vorschriften über die Konkurrenz [11]), während die Anwendung des mildesten Gesetzes nach § 2 Abs. 2 a. F. StGB. in die Lehre vom Strafgesetz [12]) einzuordnen ist. Die beiden Vorschriften sind in ihrem Inhalt, Zweck und in ihren Voraussetzungen grundverschieden. Einer Bezugnahme der einen Bestimmung auf die andere ist somit der Boden entzogen. § 2 Abs. 2 a. F. darf deshalb keinesfalls für § 2b richtunggebend sein. Vielmehr ist die Grundlage unserer Untersuchung damit schon gekennzeichnet.

1. Allgemeine Maxime der Konkurrenzlehre.

Wenn der Gesetzgeber die Anwendung eines von mehreren miteinander konkurrierenden Gesetzen vorschreibt, so will er damit einen sonst bestehenden Zweifel darüber, welches Gesetz Anwendung finden soll, beseitigen. Die Möglichkeit eines solchen Zweifels besteht beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen wie auch bei einer Mehrheit strafrechtlicher Beurteilungen gegenüber einer Handlung. Das Strafgesetzbuch stellt sowohl für den einen Fall, daß mehrere selbständige Handlungen einer strafrechtlichen Würdigung unterliegen, als auch für den anderen Fall, daß eine Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, bestimmte Regeln auf, die mithelfen, die Probleme zu lösen, die durch die Mehrheit strafrechtlicher Beurteilungen gegenüber einer Handlung bzw. durch die Mehrheit begangener Handlungen in Erscheinung treten.

Diese die Grundlage der Konkurrenzlehre bildenden Maximen müssen also auch bei der Untersuchung der Alternativkonkurrenz Berücksichtigung finden.

---

11) Unerörtert bleiben kann hier die systematische Stellung der Konkurrenzlehre an sich, ob etwa die Idealkonkurrenz zu den Tatbestandsfragen und die Realkonkurrenz zu den Strafbemessungsfragen zählt (vgl. Mezger S. 457).

12) Vgl. Rumpf II S. 197; Zeiler in ZStW. 1921 S. 665; a. A.: v. Hippel II S. 44.

2. Bei der kumulativen Konkurrenz und bei der Alternativität der Strafgesetze Anwendung des „strengsten Gesetzes".

Stellt derselbe historische Vorgang den Tatbestand mehrerer Delikte dar, so kann, wenn nicht aus allen verletzten Gesetzen die Strafe entnommen werden soll, für diese nur das schwerste der konkurrierenden Delikte maßgebend sein. Deshalb schreibt § 73 StGB. für den Fall der Tateinheit die Anwendung des strengsten Gesetzes vor. Ferner gibt es eine elektive Konkurrenz der Strafgesetze im besonderen Fall der Alternativität [13]), die dann vorliegt, wenn die Tatbestände zweier Gesetze zwei sich schneidende Kreise darstellen [14]). Wird also, was jedoch heute kaum noch praktisch vorkommt, eine Handlung vom Gesetzgeber unter mehreren kriminellen Gesichtspunkten gesehen und deshalb zum Tatbestand mehrerer Rechtssätze gemacht, so darf bei Verschiedenheit der in Rede stehenden Gesetze auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift ebenfalls nur das für den Angeklagten ungünstigste zur Anwendung kommen [15]); denn es gilt logischerweise wie bei der kumulativen Konkurrenz auch bei der Alternativität der Strafgesetze stets das strengste Gesetz.

3. Bei der Alternativkonkurrenz Bestrafung aus dem „mildesten Gesetz".

Auch die von der „Alternativität der Strafgesetze" grundverschiedene „Alternativfeststellung" bewirkt eine Konkurrenz mehrerer Strafgesetze, doch nicht aus dem Grunde, weil der Gesetzgeber eine Handlung zum Tatbestand mehrerer Rechtssätze gemacht hat, sondern weil für den Richter infolge Erschöpfung aller Beweismöglichkeiten und infolge der Unmöglichkeit der Subsumtion der Tat unter ein bestimmtes Strafgesetz nur die Wahl bleibt zwischen einem von mehreren in Betracht kommenden Tatbeständen, wenn nicht Freispruch erfolgen soll. Da bei der Alternativkonkurrenz davon ausgegangen wird, daß eine strafbare Handlung vorliegt und nur nicht festgestellt werden kann, welches Delikt tatsächlich begangen wurde, kommt hier verständlicherweise im Gegensatz zu den eben genannten Fällen der Idealkonkurrenz und der Alternativität der Strafgesetze für die Bestrafung lediglich das mildeste der in Frage stehenden Strafgesetze zur Anwendung. In diesem Punkte besteht Uebereinstimmung, so umstritten die Frage der Zulässigkeit und der Grenze der Alternativfeststellung selbst war und vielleicht auch bleiben wird. Somit sei die von unserem Strafgesetzbuch befolgte Maxime: „Im Falle der kumulativen Konkurrenz Anwendung des strengsten Gesetzes, bei der alternativen Konkurrenz dagegen Bestrafung aus dem mildesten Gesetz" unserer Untersuchung als Voraussetzung und Grundlage vorangestellt.

Was nun unter dem mildesten Gesetz im Sinne des § 2b StGB. zu verstehen und wie es zu ermitteln ist, bedarf einer genauen Prüfung. Wegweiser hierzu sind, abgesehen von dem Wesen der Alternativfeststellung und den allgemeinen Auslegungsmethoden eines jeden Gesetzes, die Regeln und Prinzipien, die Literatur und Rechtsprechung bisher schon bei der kumulativen und alternativen Konkurrenz herausgebildet haben.

---

13) Der Begriff der Alternativität stammt von Binding. v. Liszt-Schmidt (S. 230) sieht eine Alternativität in sich gegenseitig ausschließenden Verbrechen, deren Begriffe widerstreitende Merkmale enthalten (z. B. Mord und Totschlag, Diebstahl und Unterschlagung).

14) Frank § 73, VII, 3.

15) Binding, Hdb. § 74 S. 350.

III. Das eigentliche Problem.

1. Auf materiell-rechtlichem Gebiete.

Die Untersuchung des mildesten Gesetzes erfordert sodann Klarheit über die weitere Problemstellung. Weil die Bestrafung aus diesem Gesetz im Falle der Wahlfeststellung Anwendung findet, kann die Folgerung von der Voraussetzung nicht abstrahiert werden. Es muß daher mit der Untersuchung „ab ovo" begonnen werden. Vorbedingung für die Beantwortung der im Thema gestellten Frage ist somit die Erörterung des grundsätzlichen Problems der Alternativentscheidung. Aus ihrem Zweck, Wesen und aus ihrer Rechtsnatur soll dann die Lösung der Probleme, die der Begriff des mildesten Gesetzes sowohl auf materiell-rechtlichem Gebiete wie auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht aufgibt, gefunden werden.

a) Der Widerstreit der Theorien.

Ueber den Weg zur Ermittlung des mildesten Gesetzes besteht ein Widerstreit der Meinungen. Einige [16]) erblicken in der gesetzlichen Vorschrift eine Bindung des Richters an den Vergleich der Gesetze; andere [17]) dagegen — insbesondere das Reichtsgericht [18]) — ermitteln das mildeste Gesetz unter dem eingangs als abwegig bezeichneten Hinweis auf den früheren § 2 a. F. StGB. durch Vergleich der im Einzelfall zu verhängenden Strafen. Nach der Ansicht des Reichsgerichts kann die Frage, welches Gesetz das mildeste sei, nicht allein aus der gesetzlichen Strafdrohung entschieden werden, auch nicht auf Grund eines Zusammenhalts mit gesetzlich vorgesehenen Verfahrensvoraussetzungen, Strafaufschließungs- oder Minderungsgründen. Die sittliche und die strafrechtliche Wertung können, meint es, weit auseinander liegen, je nachdem der eine oder andere Tatbestand anzunehmen sei. Es müsse auch der Umstand berücksichtigt werden, wie eine solche Tat gerade bei diesem Täter wegen der bei ihm bestehenden Besonderheiten innerhalb des allgemeinen Strafrahmens zu beurteilen sei. „Welches Gesetz das mildeste ist, ergibt sich also für den Richter nur dann zutreffend, wenn er die mehreren Möglichkeiten streng auseinanderhält und sich fragt, welche Strafe er für angemessen zu halten hätte, wenn zweifelsfrei die eine Handlung, und welche Strafe, wenn zweifelsfrei eindeutig die andere Handlung nachgewiesen wäre [19])."

aa) Die Bindung an den Vergleich der Gesetze.

Nach der vom Wortlaut des Gesetzes und von systematischen Gesichtspunkten ausgehenden These bedeutet der im § 2b StGB. ausgesprochene Grundsatz der Sache nach eine Umkehrung des im § 73 StGB. angewandten Prinzips. auf Grund dessen nach der gesetzlichen Vorschrift die abstrakten Strafandrohungen zu vergleichen sind.

16) Graf zu Dohna in ZStW. Bd. 55 S. 576; Niethammer in Olshausens Nachtrag Note 6 Abs. II zu § 2b.
17) Schäfer in Frank Nachtrag § 2b; Staks in JW. 1935 S. 2939; Schaffstein in JW. 1936 S. 193; desgl. Bruns, DStrR. N. F. 1936, Heft 7/8, S. 277.
18) RG. Bd. 69 S. 369.
19) RG. Bd. 69 S. 374.

bb) Die im Einzelfall zu verhängende günstigste Strafe soll das „mildeste Gesetz" bestimmen.

Die den Zweck des Gesetzes in den Vordergrund rückende Antithese schreibt dem Richter vor, den alternativ zu entscheidenden Fall nach allen in Betracht kommenden Gesetzen abzuurteilen und die in concreto günstigste Strafe das für den Angeklagten günstigste Gesetz bestimmen zu lassen.

Mögen nun häufig beide Wege den Praktiker zu demselben Ergebnis führen, so muß doch vom rechtswissenschaftlichen Standpunkte aus für den Fall der Divergenz eine grundsätzliche Klärung versucht werden.

b) Welcher Vergleichsmaßstab kann Anwendung finden?

Außerdem ist zu berücksichtigen, daß mit der Erledigung dieser Fragen das Problem des mildesten Gesetzes noch nicht erschöpfend gelöst ist, daß vielmehr dessen Ermittlung in jedem Falle, gleichgültig für welchen Weg man sich entscheidet, Schwierigkeiten bereiten kann.

aa) Die Schwierigkeit einer abstrakten Vergleichsmöglichkeit.

Graf zu Dohna[20]) hat bereits darauf hingewiesen, daß die vom Reichsgericht in Bezug auf § 73 StGB. vertretene Auffassung einer Revision bedarf. Steht doch das Reichsgericht hinsichtlich dieser Vorschrift in ständiger Rechtsprechung[21]) auf dem Standpunkt, es seien nicht diejenigen Sanktionen, zu deren Anwendung der Einzelfall Anlaß bietet, sondern die abstrakten Strafdrohungen in Vergleich zu setzen. Die Beantwortung der Frage, welches Gesetz die schwerere Strafe androhe, hänge demnach nicht davon ab, ob das Vorhandensein mildernder Umstände festgestellt werde, oder ob ein besonders schwerer Fall vorliege. Die Annahme mildernder Umstände sei nur für die Frage der Strafzumessung von Erheblichkeit, begründe aber keinen eigenen Deliktstatbestand[22]). „Deshalb ist ohne Rücksicht darauf, ob mildernde Umstände im Einzelfalle festgestellt sind oder nicht, der ordentliche Strafrahmen zum Vergleich mit dem anderen in Tateinheit verletzten Strafgesetz heranzuziehen, um die im allgemeinen zulässige schwerste Strafart oder Strafe zu bestimmen[23]). Wenn allerdings die Vergleichung der ordentlichen Strafrahmen wegen Gleichheit der Höchstmasse kein Ergebnis liefert, müssen nach der Ansicht des Reichsgerichts die Mindestsätze verglichen werden, wobei dann „auch die für den Fall mildernder Umstände vorgesehene Strafe zum Vergleiche mit herangezogen wird[24])." Die vom Reichsgericht gefolgerten Schlüsse sind nicht zwingend. Im RG. Bd. 53, S. 48, und ebenso in RG. Bd. 60, S. 116, unterscheidet es zwischen den den ordentlichen Strafrahmen verschiebenden Strafzumessungsgründen und den Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen, die entgegen der mit der ordentlichen Strafe bedrohten Handlung einen anderen Verbrechenstatbestand bilden. Diese beiden Gruppen von Strafänderungsgründen sollen für die Ermittlung des strengsten Gesetzes nach § 73 StGB. von verschiedener Bedeutung sein.

Dagegen läßt das Reichsgericht bei der Eingliederung eines Deliktes in die Reihe der Verbrechen und Vergehen zwar auch im allgemeinen die

20) a. a. O.
21) RG. Bd. 30 S. 284; Bd. 60 S. 230.
22) RG. B. 30 S. 284.
23) RG. Bd. 53 S. 48.
24) RG. Bd. 53 S. 49; vgl. auch RG. Bd. 30 S. 284.

Grundstrafdrohung entscheiden, erklärt aber hierfür die unbenannten Strafänderungsgründe für bedeutungslos[25]). „Hier soll sogar außer Betracht bleiben, ob der Strafrahmen deshalb in concreto eine Herabsetzung erfährt, weil die Handlung im Versuchsstadium steckengeblieben, der Täter als bloßer Gehilfe gehandelt hatte oder noch jugendlichen Alters war (RG. 69 Nr. 16; 3 Nr. 22); während diese selben Umstände bei Bestimmung des strengsten Gesetzes im Sinne des § 73 StGB. maßgebliche Bedeutung beanspruchen (RG. 51 Nr. 113; 53 Nr. 23)[26])." Die grundsätzlich allein maßgebende Grundstrafandrohung läßt das Reichsgericht bei der Deliktseinteilung nach § 1 StGB. nur fallen, wenn der Gesetzgeber einen besonderen, von dem gewöhnlichen abweichenden Strafrahmen für den Fall zur Verfügung stellt, daß bei einer Straftat, außer den Merkmalen eines bestimmten Tatbestandes weitere Tatbestandsmerkmale nachweisbar sind. „Bei solchen aus dem allgemeinen Tatbestand herausgehobenen Sondertatbeständen ist nach einhelliger Auffassung der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft die Frage, wie die Straftat in die Einteilung des § 1 einzureihen ist, auf Grund der für den besonderen Fall gegebenen Strafdrohung zu beantworten[27])."

Ein besonderes Problem bieten nun in diesem Zusammenhange die „besonders schweren Fälle". Es taucht nämlich die Frage auf, ob durch die für sie vorgesehene Strafschärfung die strafrechtliche Natur des ganzen Delikts eine Aenderung erfährt. Werden doch hinsichtlich ihrer Bedeutung für die Frage, welcher Kategorie die strafbare Handlung angehört, nicht weniger als drei verschiedene Ansichten vertreten. Nach der einen Auffassung[28]) bleibt ein Vergehen ein Vergehen, da für seine Bestimmung der ordentliche Strafrahmen entscheidend ist. Nach einer anderen Ansicht[29]) werden die Delikte durch die „besonders schweren Fälle" stets zu Verbrechen; und endlich wird auch der Standpunkt vertreten, die Delikte blieben Vergehen, wenn der ordentliche Strafrahmen zur Anwendung gelange, und nur die „besonders schweren Fälle" würden zu Verbrechen[30]).

Das Reichsgericht läßt eine einheitliche Stellungnahme vermissen. Nach seiner in Bd. 60 S. 117 vertretenen Auffassung[31]) wird mit dem Begriff des „besonders schweren Falles" nicht der Tatbestand eines selbständigen Verbrechens oder einer erschwerten Begehungsart des Verbrechens aufgestellt, „sondern es werden nicht anders als im Falle der Zulassung mildernder Umstände nur Strafänderungsgründe gegeben und allgemeine Bestimmungen über die Strafzumessung getroffen, die das freie Ermessen des Richters jedoch nur insoweit einschränken, als es der Feststellung besonders schwerer Umstände bedarf". Spohr[32]) und Becker[33]) weisen darauf hin, daß gegen die Richtigkeit dieser Ansicht erhebliche Bedenken bestehen. Zwar stellten die „besonders schweren Fälle" keine neuen Tatbestandsmerkmale auf; dasselbe gelte aber auch bei den Rückfallverbrechen, bei denen nur eine persönliche Eigenschaft des Täters einen höheren Strafrahmen herbeiführe. Die Auffassung des Reichsgerichts steht außerdem in offenbarem Widerspruch zu § 20a StGB.; denn hier wird nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes ein von einem Gewohnheitsverbrecher begangenes Vergehen zu einem Verbrechen. Die Stellungnahme des Reichsgerichts ist um so befremdender, als es selbst sogar noch darauf hinweist, daß dem „besonders schweren Fall", dem Rückfall und dem § 20a StGB. das eine sicher gemeinsam sei, „daß sie sich als Strafbestimmungs-

25) RG. Bd. 60 S. 111.
26) Graf zu Dohna, a. a. O. S. 584.
27) RG. Bd. 69 S. 53.
28) Mezger, Strafr. § 12, IV, 1a; RG. Bd. 69 S. 49.
29) Gerland, DRStrR. S. 90 Anm. 4; RG. Bd. 59 S. 214 (217) bei der Ermittlung der schwersten Strafdrohung nach § 73 StGB.
30) Schäfer-Richter-Schafheutle in Strafgesetznov. S. 21 Ziffer 17 Anm. 2.
31) Desgl. in HRR. 1933 Nr. 1292.
32) In D. J. 1934 S. 1051 ff.
33) D. J. 1935 S. 1188 ff.

gründe darstellten, die durch die Anknüpfung an tatbestandsmerkmalähnliche Voraussetzungen besonders ausgestaltet sind[34])".

Die Auffassung des Reichsgerichts bezüglich der hier erörterten Fragen läßt, wie dargetan, die einheitliche Linie und jede Konsequenz vermissen. Welcher Maßstab ist nun aber beim Vergleich mehrerer Gesetze nach ihrer Strenge oder Milde anzuwenden, wenn die für die einzelnen Gesetze bestehenden und einen absoluten Vergleich ermöglichenden Einstufungs- und Abgrenzungsmaßstäbe unübersichtlich sind und eine unterschiedliche Behandlung erfahren?

bb) Die Bedeutung der Nebenfolgen.

Glaubt man diese Schwierigkeit durch die Vergleichung der in concreto verwirkten Strafen umgehen zu können, so wird man insbesondere vor die Frage gestellt, welche Bedeutung etwaigen Nebenstrafen bzw. den Nebenfolgen überhaupt zugemessen werden muß. Problematisch wird ein Vergleich naturgemäß vor allem dann, wenn nach den in Alternative stehenden Gesetzen ungleiche Strafen verwirkt sind und außerdem noch verschiedenartige Nebenfolgen in Betracht kommen. Sind die Nebenfolgen miteinander vergleichbar, obwohl das Gesetz selbst einen diesbezüglichen Vergleichsmaßstab nicht enthält? Angenommen, sie seien vergleichbar[35]) und damit auch für die Ermittlung des mildesten Gesetzes nicht nebensächlich, in welchen Fällen dürften sie dann bei einer Alternativentscheidung angeordnet werden?

c) Weitere aus der Problemstellung hervorgehende Fragen.

Es bedarf somit nicht nur einer Untersuchung darüber, ob der Richter das mildeste Gesetz durch Vergleichung der abstrakten Strafrahmen der zur Wahl stehenden Gesetze ermitteln soll, oder ob dieses nur durch Vergleichung der in concreto für den Einzelfall zu verhängenden Strafen festgestellt werden kann; sondern es tauchen in diesem Zusammenhange noch mehr Fragen auf: ob nämlich der bisher vom Reichsgericht bezüglich § 73 StGB. vertretene Standpunkt, bei Vergleichung der in Betracht kommenden Gesetze sei der Strafrahmen unter allen Umständen das Ausschlaggebende, aufrechterhalten bleiben kann, ob die Bestimmung des mildesten Gesetzes der des strengsten entspricht, ob die Einordnung der Delikte in die Reihe der Verbrechen und Vergehen überhaupt eine Rolle spielt, und schließlich, ob die Anwendung der gesetzlichen Bestimmung zu einer Frage der bloßen Strafzumessung wird.

2. In prozessualer Hinsicht.

Auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht gibt es in diesem Zusammenhange manche Fragen zu beantworten; so bezüglich der Zuständigkeit des Gerichts, der Anklageschrift, der Anfechtung des Urteils und der Wiederaufnahme des Verfahrens. Welche Bedeutung hat der in Ergänzung des § 2b StGB. geschaffene § 267b StPO. für die Anwendung des mildesten Gesetzes? Wird durch den eindeutigen Urteilsspruch über eine mehr-

34) RG. Bd. 68 S. 391.
35) A. A.: Bruns in DStrR. N. F. 1936, Heft 7/8, S. 277.

deutige Handlung dem Richter eine Unwahrhaftigkeit zugemutet, oder enthält § 267b StPO. gar eine Fiktion? Wie ist der Widerspruch zwischen der auf Grund einer Wahlfeststellung getroffenen Entscheidung und der eindeutigen Urteilsformel zu lösen? Welche sonstigen Konsequenzen ergeben sich in Anwendung des mildesten Gesetzes hinsichtlich des Wahrheitsbeweises bei übler Nachrede (§ 190 StGB.), bezüglich der Aufzeichnung im Strafregister u. a. m.? Die prozessualen Auswirkungen sind sehr mannigfaltig. Sie sollen aber nur, soweit sie mit der hier gestellten Aufgabe im Zusammenhang stehen, erörtert werden.

IV. Die Methode.

Es ist nunmehr zu prüfen, auf welchem Wege wir zu einer klaren Lösung der in Rede stehenden Fragen gelangen. Leitmotiv bei der Auslegung ist, wie bei der Interpretation eines jeden Gesetzes dieses den Bedürfnissen und Interessen des Lebens anzupassen. Eine nicht außer Acht zu lassende Schwierigkeit liegt in der veränderten rechtsmethodischen Einstellung im Sinne eines neuen Rechtsdenkens. Bezweckt doch die Novellengesetzgebung u. a., vor der Gesamtreform des Strafrechts einige in dieser Hinsicht besonders aktuell gewordene Fragen zu regeln. Die neuen Bestimmungen gehen der kommenden Strafrechtserneuerung voraus und stellen deren Wegbereiterin dar [36]). Mezger [37]) weist darauf hin, daß die Grundanschauung der neuen Zeit „in allen Einzelheiten strafrechtlicher Anwendung" Berücksichtigung und Anerkennung fordert. Die durch die Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 in das Strafgesetzbuch eingeführte Neuerung bedeutet somit in rechtsmethodischer und rechtswissenschaftlicher Beziehung eine Erscheinung von großer Tragweite. Man bedenke, daß es sich bei dieser Novelle um den Einbau teilweise völlig neuer Grundsätze, beispielsweise des der Analogie, in ein von anderem Geiste, ja sogar manchmal genau konträrem Rechtsdenken getragenes System handelt. Selbstverständlich ist deshalb ein Vergleich der neuen Vorschriften mit den alten doch durchaus möglich und manchmal sogar zur Klärung von Streitfragen unerläßlich. Setzt man die neuen Bestimmungen zu den bisherigen Gesetzesparagraphen in Beziehung, so ist allerdings besondere Vorsicht geboten; das gilt vor allem beim Vergleich neuer Vorschriften mit alten Bestimmungen und bei der Anwendung der früher in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten, wie z. B. bezüglich des § 73 StGB., aber auch hinsichtlich des früheren § 2 StGB.

Wenn auch der Wortlaut des Gesetzes Ausgangspunkt und Grundlage der Auslegung sein muß, so kann doch die Frage nach dem mildesten Gesetz, so wie der Gesetzgeber sich die Lösung vorgestellt hat, in der Hauptsache nur aus dem Wesen und Zweck der Alternativentscheidung beantwortet werden; hierbei leisten dann natürlich auch die übrigen Methoden der Rechtsfindung und der Gesetzesinterpretation willkommene Hilfe.

1. Die teleologische Methode.

Um den Kern des Problems zu treffen, empfiehlt es sich, ein Hauptaugenmerk auf den Zweck des Gesetzes zu richten. „Mit dem Momente der Gesetzespublikation .... verschwindet mit einem Schlage der ganze Unterbau von Absichten und Wünschen des geistigen Urhebers des Gesetzes, ja des Gesetzgebers selbst, und das ganze Gesetz ruht von nun an auf sich, gehalten durch eigene Kraft und Schwere, erfüllt vom eigenen Sinn [38])." Will man also den maßgeblichen Sinn des Gesetzes zum

36) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler in Novellen zum Strafrecht u. Strafverfahren von 1935 S. 11/12.
37) DStrR. 1936 S. 21.
38) Binding, Hdb. I S. 454; vgl. auch Heck, Interessenjurisprudenz S. 4/5.

Zwecke seiner Anwendung auf das Leben ermitteln, so gibt uns darüber insbesondere die „ratio legis" Aufschluß. „Denn jedes Gesetz ist ein Mittel zur Erreichung bestimmter sozialer Zwecke und kann nur aus dieser seiner Zweckbestimmung heraus wirklich verstanden werden[39])." Wenn auch nicht ganz belanglos, so doch nicht von entscheidender Bedeutung wird bei dieser teleologischen Auslegung — worauf Binding schon hingewiesen hat — der Zweck und die Absicht des Gesetzgebers sein. Das Zweckmoment darf nicht „psychogenetisch" gedeutet werden. Wille und Zweckvorstellungen der Väter des Gesetzes können nur von heuristischem Werte sein. Der Inhalt, der sachliche Gehalt des Gesetzes, bestimmt dessen Zweck. Allerdings kommt es nicht auf den Zweck des zu interpretierenden Gesetzes allein an, sondern maßgebend ist auch der „Zweck der Rechtsordnung als eines Ganzen und der immanente Zweck des Rechtes selbst[40]". Stellt sich deshalb als ein Hauptzweck des § 2b StGB. die Schließung einer bisherigen Gesetzeslücke, also die Bestrafung jedes Schuldigen dar, so soll nach dem Gesamtzweck des Rechtes zwar auch jeder, aber auch nur jeder wirklich Schuldige bestraft werden; oder mit anderen Worten: wenn jeder Rechtsbrecher strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden soll, so duldet die Rechtsordnung dies nur insoweit, als ihm seine Schuld nachgewiesen werden kann. Wenn der Nachweis der Straffälligkeit aus dem strengeren Gesetz nicht eindeutig erbracht werden kann, ordnet deshalb das Gesetz als Folgerung der Wahlfeststellung an: die Strafe ist aus dem mildesten Gesetz zu entnehmen.

2. Die phänomenologische Methode.

Naturgemäß kann nicht immer das Zweckmoment allein zum Ziele führen. Die Inhaltsanalyse gibt ebenso wie die teleologische Interpretation Aufschluß über die Grundidee und Tragweite des Rechtssatzes und ist daher zu berücksichtigen. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Ansicht Sauers[41]) richtig ist, die Phänomenologen lieferten „nur Fragmentarisches", sie blieben „stets beim Forschen" und gelangten „nie zum Abschluß, nie zum System". Die phänomenologische Methode[42]) leistet jedenfalls zur Deutung des Gesetzesinhalts in Verbindung mit den übrigen Interpretationsmethoden sehr gute Dienste und erscheint zur Lösung der hier gestellten Aufgabe, wenn nicht unerläßlich, so doch äußerst wertvoll.

Zulassung der Wahlfeststellung — ihrem Wesen nach eine lückenschließende Ergänzungsbestimmung! Alternativkonkurrenz und mildestes Gesetz — zwei untrennbare Begriffe! „Mildestes Gesetz" und „strengstes Gesetz" — zwei polare Gegensätze innerhalb der Konkurrenzlehre! Um das Gleichartige und Bleibende in einer Mannigfaltigkeit von Wahrnehmungen zu einer einheitlichen Vorstellung zu verbinden, durch die jede entsprechende Erscheinung bestimmt und in Zusammenhang mit der Erfahrung gebracht werden kann, bedient sich der Gesetzgeber eines bestimmten „Begriffes". „Wir können im Strafrecht nur solche Begriffe gebrauchen, die allen Anforderungen der Logik entsprechen, d. h. nach Inhalt und Umfang genau bestimmt sind[43])." Es gehört in den Aufgabenbereich des Gesetzgebers, den richtigen Begriff zu wählen, um Mißverständnisse zu verhüten. Wie ist der vom Gesetzgeber erteilte Auftrag, den Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen, zu verstehen? Grundsätzlich ermöglichen die Sanktionen der Gesetze deren graduelle Unterschei-

39) Mezger S. 81.
40) Ebenda.
41) In ZStW. Bd. 50 S. 189.
42) Phänomenologie hier i. S. E. Husserls gebraucht, sie bedeutet eine mit dem Ziel auf Erkenntnis des Wesens der Bewußtsefnserlebnisse gerichtete Methode, die auf unmittelbarer innerer Anschauung aller Bewußtseinsinhalte beruht.
43) Schwinge, Teleol. Begr. S. 4.

dung. Ob der Strafrahmen in abstracto oder in concreto entscheiden soll, und inwieweit er allein ausschlaggebend ist, muß sich aus dem Wesen der Wahlfeststellung ergeben. Greift die „institutionelle Betrachtungsweise" (Kaufmann) auf Sinn und Inhalt zurück, so soll der „empirische Zweck der Norm" (Binder) deren Bedeutungsgehalt erklären. Hierbei ist auf die Bedürfnisse und Interessen, deren Verwirklichung und Schutz dem Gesetz obliegt, zurückzugehen, um sein Wesen und seinen Inhalt restlos zu erfassen und gleichzeitig seiner „ratio" gerecht zu werden.

3. Die induktive und die deduktive Methode.

Für eine wissenschaftliche Untersuchung stehen im allgemeinen zwei Wege offen. Entweder: man geht vom Einzelfalle aus, erforscht ihn und leitet daraus eine allgemeingültige Regel ab; von dem so gefundenen Gesetz aus vermag man dann umgekehrt wieder Einzelfälle zu erklären. Diese induktive Methode bedeutet also einen Schluß vom Einzelnen und Besonderen auf das Ganze und Allgemeine. Oder: man schließt nach der deduktiven Methode von einem Allgemeingültigen auf ein Besonderes, das darin einbegriffen ist. Beide Wege bedeuten ein logisches Erkenntnisverfahren, das — richtig angewandt — zu demselben Ziele führen muß. Der vom Reichsgericht und seinen Anhängern (Bruns, Schäfer u. a.) gewählte und bereits gekennzeichnete Weg stellt die zuerst angeführte Methode dar: es findet nämlich der Begriff „mildestes Gesetz" aus dem Einzelfall heraus seine Erklärung. Der Gedankengang hierbei ist folgender: Zweck des § 2b StGB. ist die Bestrafung des Täters. Der Rechtsbrecher soll die Strafe erhalten, die er zum mindesten verdient hat. Der Fall muß demnach nach allen zur Wahl stehenden Gesetzen abgeurteilt werden; das Gesetz, das zur geringsten Bestrafung führt, ist dann das mildeste. Zwar erhält hierbei der Täter die niedrigste Bestrafung, und das zu dieser Bestrafung führende Gesetz ist daher das für ihn günstigste. Aber stellt es auch das mildeste Gesetz im Sinne des § 2b StGB. dar? Geht demgegenüber nicht das Gesetz von dem Gedanken aus, es sei zwar ungewiß, ob der strengere Strafrahmen zutreffe; weil aber mit Sicherheit feststehe, daß mindestens der mildere Strafrahmen für den vorliegenden Fall „gesetzlich bestimmt" sei, müsse dieser angewandt werden[44])? Daher bestimmen die Vertreter der deduktiven Methode (Graf zu Dohna, Niethammer) den Begriff „mildestes Gesetz" für den besonderen Fall nach jenen allgemeingültigen Regeln, nach denen man ein Gesetz nach seiner Milde und Strenge grundsätzlich nur beurteilen kann, nämlich durch Vergleich seiner abstrakten Strafdrohung mit der eines anderen Gesetzes. Dementsprechend ist bei gleichem Strafminimum das Gesetz mit dem niedrigeren Strafmaximum, in allen anderen Fällen das Gesetz mit dem geringeren Strafminimum das mildeste. Das führt aber noch nicht notwendig zu dem Ergebnis, daß das hiernach ermittelte mildeste Gesetz im konkreten Fall auch unbedingt die mildeste Bestrafung bringt. Die Anwendung der deduktiven Methode bedeutet einen Vergleich der Gesetze; zuerst wird festgestellt, welches Gesetz das strengere oder mildere ist, aus dem milderen wird dann die Strafe entnommen. Bei der induktiven Methode dagegen ist das Schwergewicht vom Gesetz auf die Strafe verlagert. Diese wird zunächst festgesetzt, und dann läßt sich erst bestimmen, welches Gesetz das für den Täter günstigste ist. Bei dieser Methode bleibt es im Grunde genommen bei einem Vergleich der in concreto zu verhängenden Strafen. Was sagt das Gesetz dazu?

---

44) Vgl. v. Hippel II S. 44.

V. Die Anwendung der Methode.

1. Untrennbarkeit von Voraussetzung und Folgerung.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß das mildeste Gesetz auf Grund der Alternativfeststellung Anwendung findet und deshalb nicht von dieser losgelöst werden darf. Voraussetzung und Folgerung sind untrennbar miteinander verbunden; jene bildet die Erklärung für diese. Stößt die Untersuchung des mildesten Gesetzes auf Schwierigkeiten, so muß in erster Linie auf Sinn und Zweck der ganzen Regelung zurückgegriffen werden, um dort die Lösung der aufgetauchten Zweifel zu suchen und zu finden. Ist somit die Voraussetzung zum Verständnis der Folgerung notwendig und deshalb in diesem Zusammenhange selbst zu behandeln, so kann hier doch nicht das ganze Problem der Alternativentscheidung erschöpfend erörtert werden. Es soll daher nur in kurzen Zügen und, soweit es für unsere Zwecke erforderlich erscheint, auf Wesen, Rechtsnatur und Begriff der Wahlfeststellung eingegangen werden. Die Untersuchung in teleologischer Hinsicht findet durch die genetische Betrachtung des zu behandelnden Rechtsstoffes ihre Ergänzung.

2. Die Voraussetzung.

a) Ihre Bedeutung und ihr Inhalt.

War die Frage der Alternativentscheidung bis zur letzten Strafrechtsnovelle gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, so hatten sich gleichwohl Theorie und Praxis eingehend damit befaßt[45]). Sie war in der Literatur und Rechtsprechung heiß umstritten, und das Reichsgericht, dem sie stets große Schwierigkeiten bereitete, hatte in seiner Rechtsprechung einen nicht immer konsequenten Standpunkt eingenommen[46]). Nur in einem Punkte waren sich alle einig, daß, wenn eine Wahlfeststellung zugelassen werden sollte, stets das mildeste Gesetz zur Anwendung gelangen müsse.

aa) Die historische Entwicklung und die Praxis des Reichsgerichts.

Das Reichsgericht kam nach heißem Ringen schließlich im 68. Bande S. 257 ff. zu einer für den gerade zur Aburteilung stehenden Fall einigermaßen befriedigenden Lösung des Problems, die allerdings jede Konsequenz vermissen ließ. Das Reichsgericht gestattete ehedem dort Wahlfeststellungen, wo lediglich verschiedene Ausführungsarten desselben Verbrechens oder Vergehens in Betracht kamen. Sie waren unzulässig, wo verschiedene Tatbestände in Frage standen, die in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung dergestalt voneinander abwichen, daß der eine den anderen ausschloß und abweichend von ihm zu beurteilen war. Im Gegen-

45) Vgl. Nüse in Strafrechtl. Abhandl. H. 324 S. 35; ders. in JW. 63 S. 463; Hellmuth Mayer in JW. 63 S. 294; Zeiler in DRZtg. 1914 Sp. 574; Niethammer in DRZtg. 1934 S. 167.
46) RG. Bd. 53 S, 231; RG. Bd. 68 S. 257.

satz dazu ließ das Reichsgericht nunmehr eine Alternativentscheidung bei dem praktisch am häufigsten vorkommenden Fall der Alternative zwischen Diebstahl und Hehlerei zu, indem es dem allgemeinen Rechtsempfinden Rechnung trug, das „der Tat des Hehlers dieselbe sittliche Mißbilligung angedeihen läßt wie der des Diebes".

bb) Die Stellungnahme der Literatur.

Die Stellungnahme in der Literatur war uneinheitlich. Die Meinungsverschiedenheiten bestehen weiter, und der Kampf um die Wahlfeststellung ruht auch heute noch nicht. Teils sieht man in der erfolgten Regelung, wenigstens in der hiernach durch Rücksicht auf die Tatidentität nicht begrenzten Zulässigkeit in Anbetracht der prozessualen Auswirkungen nicht die glücklichste Lösung, teils hält man eine besondere gesetzliche Vorschrift für überflüssig. So behauptet Oetker [47]), die nach bisherigem Recht zulässig gewesene Alternativentscheidung habe völlig ausgereicht; die vorhandenen Lücken hätten durch Analogie und eine bessere Gesetzestechnik ausgefüllt werden können. Kohlrausch [48]) geht davon aus, „daß auch § 2b einer der Schritte ist auf dem neuen, ebenso bedeutsamen wie schwierigen, ebenso zukunftsreichen wie klippenreichen Weg, das Strafurteil zu einem Urteil über eine Persönlichkeit und über ein Gesamtverhalten (unitas actus) zu machen, ohne daß aber dabei das Gefühl für die absolute Notwendigkeit einer sauberen, klaren und nach menschlichem Vermögen erschöpfenden Feststellung des tatsächlichen Sachverhalts verlorengehen darf". Die Mehrdeutigkeit einer Alternativentscheidung sei nur erträglich, wenn die Feststellung der Täterpersönlichkeit eindeutig sei. Das sei bei einer Alternative zwischen Diebstahl und Hehlerei der Fall, nicht aber bei einer Wahl zwischen Verleumdung und Blutschande. Nach Lobe [49]) kommt die unbeschränkte Zulässigkeit der Alternativentscheidung de facto der Bejahung der Verdachtsstrafe gleich. Diese kann jedoch weder vom Gesetzgeber gewollt sein, noch entspricht sie dem Wortlaut des Gesetzes [50]). Ja, es wird vom rechtsphilosophischen Standpunkte aus sogar darüber gestritten, ob es nach den Gesetzen der Logik überhaupt möglich sei, eine Wahlfeststellung in dem hier erörterten Sinne zu treffen, solange unser Strafrecht bei der Beurteilung von Straftatbeständen Bestrafung nur auf Grund erwiesener Tatsachen zulasse. So kommt Lobe [51]) zu dem Ergebnis, es sei ein Trugschluß, zu sagen, es bestehe Sicherheit darüber, daß einer von mehreren gesetzlichen Tatbeständen verwirklicht sei, wenn unsicher bleibe, welcher von ihnen. Diese Auffassung kann zwar nicht gebilligt werden; denn es lassen sich Fälle denken, in denen zweifelsfrei das Vorliegen einer strafbaren Handlung erwiesen ist, ohne daß die Tat bedenkenlos unter einen bestimmten Tatbestand subsumiert werden kann. Aber die hier angeführten Ansichten beleuchten doch kraß die Problematik des ganzen Fragenkomplexes.

cc) Die heutige gesetzliche Regelung.

Ueberprüft man das, was sich der Gesetzgeber als Voraussetzung gedacht hat, so erkennt man auch, was er mit der Folgerung bezweckt hat. Es wird der Wille des Gesetzgebers vielleicht am deutlichsten dadurch erkennbar, daß man hervorhebt, was nicht unter den § 2b StGB. fällt.

47) GerS. Bd. 106 S. 418/431.
48) ErgBd. zum Handwörterb. d. Rechtswissensch. 1936 S. 360.
49) GerS. Bd. 104 S. 168 und S. 172; auch Oetker andeutungsweise a. a. O. S. 404 ff.
50) Hierzu sei auf Lehmann verwiesen, der in JW. 64 S. 2328 darlegt, „daß das Gesetz alles tut, um sich nicht den Vorwurf zuzuziehen, es begünstige Verdachtsstrafen".

Es wird nicht hiervon erfaßt die Konkurrenz mehrerer Deliktstatbestände, auf die § 73 StGB. zutrifft. Auch die Lösung einer reinen Rechtsfrage bei feststehendem Tatbestand fällt nicht unter § 2b StGB.; er setzt voraus, daß die Tatfeststellung nur wahlweise möglich ist. Jura novit curia! „Die Rechtsfrage ist", um mit Grünhut zu sprechen [52]), „ihrer Idee nach stets einer eindeutigen Lösung fähig und bedürftig. Sie läßt für Zweifel weder im Sinne eines in dubio pro reo noch einer etwa zulässigen Alternativität Raum." Ferner läßt § 2b StGB. den durch die Novelle neu gefaßten § 2 StGB., soweit er den Grundsatz der Analogie enthält, unberührt. Bei jenem steht fest, daß gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen wurde; bei diesem findet kein Strafgesetz auf die Tat unmittelbare Anwendung. Wohl ist natürlich das Prinzip des § 2 (n. F.) auf § 2b übertragbar.

Dagegen besagt § 2b positiv, daß grundsätzlich eine Wahlfeststellung zulässig und der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen ist, wenn einwandfrei feststeht, daß durch eine Handlung der Tatbestand eines von mehreren Strafgesetzen verwirklicht wurde. Der Wortlaut des Gesetzes schließt jeden Zweifel darüber aus, daß es auf eine Gleichwertigkeit oder Gleichartigkeit der alternativ konkurrierenden Tatbestände nicht ankommt; auch braucht es sich nicht um die Verletzung desselben Rechtsgutes zu handeln. Hiernach bestehen gegen eine alternative Verurteilung wegen versuchter Abtreibung oder wegen Betruges keine Bedenken. Trotz des Gesetzestextes aber läßt sich darüber streiten, ob die Tatidentität gewahrt sein muß, oder ob beispielsweise eine alternative Verurteilung wegen Verleumdung oder Blutschande möglich ist. Weil grundsätzlich nur eine bestimmte Tat den Gegenstand des Verfahrens bilden darf, ergeben sich hier Schwierigkeiten prozessualer Natur, die jedoch für die hier zu behandelnden Probleme von untergeordneter Bedeutung sind [53]). Ueberhaupt liegen die größten Schwierigkeiten der Wahlfeststellung auf prozessualem Gebiete; so taucht hier z. B. das Problem auf, inwieweit sie lediglich eine Frage der Beweiswürdigung darstellt, und ob sie eine genügend bestimmte Feststellung im Sinne der Grundsätze des Verfahrensrechts bietet. Dadurch, daß der Gesetzgeber die Regelung im Strafgesetzbuch traf, hier feststellte, daß ein staatlicher Strafanspruch besteht, und hier bestimmte, welches materielle Gesetz Anwendung finden soll, legte er das Hauptgewicht auf die materiellrechtliche Seite.

b) Ihr Wesen und ihre Rechtsnatur.

aa) Not- und Zwecklösung zur Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs.

Nach dem vorhin Dargelegten kann wohl nicht geleugnet werden, daß eine gesetzliche Fixierung der Wahlfeststellung nur eine Art Behelf sein konnte, um jedes Rechtsgefühl verletzende Freisprüche bei einem offensichtlichen Verbrechen auszuschließen. Nach der eigenen Angabe des Reichsgerichts [54]) waren für seine Stellungnahme Zweckmäßigkeitsgründe maßgebend. Auch darüber kann nicht gestritten werden, daß durch die materiell-rechtliche Regelung der Delinquent nicht derjenigen prozessualen Kautelen beraubt werden darf, die ihn vor in Wirklichkeit nicht verdienter Strafe schützen sollen. Gerade weil es sich um eine Notlösung zur Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs handelt, ist denen beizupflichten, die eine Wahlfeststellung — wenigstens in der von § 2b StGB. unbeschränkt zugelassenen Weise — nach Möglichkeit vermieden wissen wollen.

51) GerS. Bd. 104 S. 166.
52) MonSchr. 25 S. 333.
53) Eingehend behandelt von Graf zu Dohna a. a. O. S. 577.
54) RG. Bd. 68 S. 259.

bb) Keine Vergünstigungsvorschrift für den Angeklagten.

Stellt sich die Anordnung der Alternativentscheidung als eine Not- und Zwecklösung dar, so taucht ferner die Frage auf, ob die dabei vorgesehene Anwendung des mildesten Gesetzes als eine Vergünstigungsvorschrift für den Angeklagten aufgefaßt werden darf. Diese Feststellung ist von Bedeutung für die Frage, ob bei Bestimmung des Begriffs „mildestes Gesetz" eine restriktive oder eine zugunsten des Angeklagten extensive Auslegung zugelassen werden darf. Finden wir doch zu allen Zeiten und in allen Rechtsordnungen den Grundsatz vertreten: eine Vergünstigungsvorschrift muß im Interesse des Begünstigten soweit wie möglich ausgelegt werden.

Zweifellos bedeutet die Einfügung des § 2b ins Strafgesetzbuch im Hinblick auf früher mögliche Freisprüche eine für den Angeklagten ungünstige Regelung. Es fragt sich nur, ob, abgesehen von der Verhinderung solcher Freisprüche, die nunmehr im Gesetz vorgeschriebene Anwendung des mildesten Gesetzes noch als Vergünstigungsvorschrift zu betrachten ist; denn obgleich heute das Bedürfnis des Schutzes der Allgemeinheit in den Vordergrund gerückt wird, und obgleich die Möglichkeit besteht, daß nicht die mildere, sondern die strengere Norm verletzt ist, wurde die für den Angeklagten günstigere Regelung gewählt. Das bedeutet aber noch keine Bestimmung „in favorem". Diese Regelung ergibt sich vielmehr in logischer Konsequenz der Strafrechtslehre, daß dem Angeklagten die Straftat nachgewiesen werden muß, und daß keine Verdachtsstrafen verhängt werden dürfen. Das Gesetz bezweckt lediglich, auch in solchen Situationen, in denen bisher der Täter infolge mangelnder Gesetzestechnik oder infolge der Unmöglichkeit der sicheren faktischen Feststellung im Einzelfalle der Strafe entgehen konnte, der Gerechtigkeit Genüge zu leisten und ihn nicht straflos ausgehen zu lassen. Weil nun nicht feststeht, welches Delikt begangen wurde, und weil bei Bestrafung dieses nicht zu fixierenden Reates dem natürlichen Rechtsempfinden entsprochen werden muß, konnte die bei der Wahlfeststellung in Erscheinung tretende Ungewißheit keine andere als die vom Gesetzgeber getroffene Regelung begründen. Soweit dem Angeklagten aber eine Schuld nachgewiesen ist, soll ihn auch die ganze Strenge und Schwere des Gesetzes treffen. Gerade dadurch unterscheidet sich u. a. auch der § 2b vom § 2 a. F. Zweck dieser Vorschrift war eine bewußte Milde gegenüber dem Angeklagten; kraft jener Vorschrift soll der Rechtsbrecher die ihm nachzuweisende Schuld, diese aber auch ohne Milde sühnen. Mit der Feststellung, daß eine Vergünstigungsvorschrift nicht vorliegt, hat sich bereits der Uebergang von der Voraussetzung zur Folgerung vollzogen.

3. Die Folgerung.

a) Der Auftrag des Gesetzgebers.

Unter Berücksichtigung der dargelegten Gesichtspunkte müssen wir nunmehr die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung seiner Gedankengänge und seines Willens, also den Auftrag, den er durch die Rechtssatzung erteilt hat, genau untersuchen. Hierbei ist, wie schon erwähnt, allein das maßgebend, was er als seinen Willen im Gesetz zum Ausdruck gebracht hat. Dort heißt es: „Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen." Bei allem Werte der logischen Interpretation darf nun in Anbetracht der durch den Wortlaut entstandenen Kontroversen

die grammatische nicht vernachlässigt werden. Aufgabe des Gesetzgebers ist es, seinen Willen durch den Gesetzestext in die richtige Form zu kleiden, sodaß der maßgebende Sinn des Rechtssatzes vom Richter erkannt und klargestellt werden kann. Der Mangel juristischer Präzisierung und juristischer Formung führt Rechtsunsicherheit und Zweifel bei der Abgrenzung herbei. Daß bei Abfassung einer möglichst kurzen für alle Fälle passenden Formel leicht ein mehrdeutiger Gesetzeswortlaut entsteht, ist verständlich. Hierdurch hervorgerufene Schwierigkeiten müssen und können durch Auslegung behoben werden. Nicht aber geht es an, einen sprachlich eindeutigen und einwandfreien Wortlaut, auch wenn er vielleicht den wirklichen Willen des Gesetzgebers nicht oder nicht in der von ihm beabsichtigten Weise wiedergibt oder der „Idee des Rechtes" nicht entsprechen sollte, einen anderen Sinn unterzuschieben, oder gar das Gesetz unter Vergewaltigung des Wortlautes zu interpretieren. Das Festhalten an einem eindeutigen Wortlaut mag dann zwar unerwünschte Konsequenzen ergeben, stellt aber keinen übertriebenen Formalismus oder „Kultus des buchstäblichen Wortlautes des Gesetzes" dar und muß im Interesse gleichmäßiger Gesetzesanwendung und aus Gründen allgemeiner Rechtssicherheit beibehalten werden. Auch in unserem Falle entstehen, wie wir schon festgestellt haben, aus dem Wortlaut des Gesetzes Schwierigkeiten, welche die Vermutung nahelegen, der Gesetzgeber habe etwas anderes gesagt, als er gewollt hat. Es muß an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen werden: „Was die Gesetzgeber . . . damals gedacht haben, ist zwar nicht ohne jeden Belang bei der Auslegung des allein bindenden Gesetzestextes, aber es beansprucht keine andere Autorität, als der inneren Ueberzeugungskraft jener Gedanken entspricht[55])." Nicht immer decken sich „Gesetz" und „Recht" im Sinne von „Gerechtigkeit". Sollte also bei der theoretischen Untersuchung die „Gesetzes"-Anwendung in einzelnen Fällen nicht zur „Recht"sprechung, d. h. zu dem vom Gesetzgeber beabsichtigten gerechten Ergebnis führen, so gilt doch die Maxime: „Die Unrichtigkeit einer Rechtssatzung tut der unbedingten Bindung aller Glieder der Rechtsgemeinschaft an den gültig erlassenen Gesetzesbefehl niemals auch nur den geringsten Eintrag. Und es vermag deshalb die kritische Betrachtung des geltenden Rechts immer nur zu dem Urteil zu führen, daß dieses geltende Recht unrichtig, nicht aber zu dem umgekehrten, daß dieses als unrichtig erkannte Recht deshalb ungültig sei. Und nur auf dem Wege der Gesetzgebung darf es geschehen, daß die rechtliche Form sich ihres unrichtigen Inhalts entledige und die richtige Regel nunmehr auch zu formeller Gültigkeit gelange[56])."

b) „Gesetz" ein feststehender Begriff.

Eindeutig verlangt der Gesetzgeber Bestrafung aus dem mildesten Gesetz. Es bedürfte nun überhaupt keiner Erörterung darüber, was unter dem Ausdruck „Gesetz" zu verstehen ist, wenn wir uns nicht in einer Uebergangszeit vom alten zum neuen Strafrecht befänden. Einerseits ist es eine Grundforderung der Rechtserneuerung, alle bisher in Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelten Begriffe darauf zu prüfen, ob sie dem Wesen und Geiste des kommenden Rechts entsprechen; andererseits besteht auch die Möglichkeit, daß in solchen Uebergangszeiten bislang feststehende Begriffe bereits Wandlungen erfahren haben. Neue Bestrebungen prägen neue Begriffe oder verleihen den alten einen anderen Inhalt. Die Tendenz geht dahin, daß nach dem Sinn der neuen Rechtsauffassung der Richter sich künftighin unabhängig vom geschriebenen Gesetz fragen soll, ob und welche Bestrafung die begangene Tat „nach gesundem Volksempfin-

55) Rumpf II S. 139.
56) Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit S. 50.

den" verdient, und daß mit dem „Kultus des buchstäblichen Wortlautes des Gesetzes" gebrochen werden soll. Das kann jedoch nicht bedeuten, daß etwa in Zukunft der Richter nicht mehr an die allgemeinen vom Staat erlassenen Gesetze gebunden wäre, daß sie nur Grundsätze oder Richtlinien darstellten, die lediglich einen Anhaltspunkt für den Richter sein sollen. Dies darf umsoweniger bei den neuesten Gesetzen der Fall sein, als diese, wie von maßgebender und amtlicher Seite immer wieder betont wird, schon den Niederschlag des gesunden Volksempfindens darbieten. Auch ist die von Mezger für § 2 Abs. 2 a. F. StGB. geprägte Definition des „Gesetzes", in der vom Gesetz als einem „Rechtszustand"[57]) die Rede ist, auf § 2b StGB. übertragen, infolge ihrer Unbestimmtheit geeignet, Unklarheit zu schaffen. Unbestrittenermaßen hat der Begriff „Gesetz" in § 2b StGB. keinen anderen Inhalt als den bisher üblichen, und ist er auch bei der Novellengesetzgebung stets in demselben alten Sinne gebraucht worden[58]).

c) Das „mildeste Gesetz".

Um nun zu verhindern, daß der Richter im Falle des § 2b StGB. sein Ziel nur durch eine Vergewaltigung des Beweisergebnisses erreiche, oder daß durch die Freisprechung des Angeklagten ein dem natürlichen Rechtsempfinden widerstreitendes Ergebnis erzielt werde, sagt der Gesetzgeber: Der Täter ist aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen. Gerade weil nicht feststeht, gegen welche Norm verstoßen wurde, geht man davon aus, daß der Täter ein strafwürdiges Verhalten gezeigt hat, das zum mindesten einer Verletzung des mildesten Gesetzes entspricht. Daher wird der Täter aus diesem Gesetz strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Damit wurde also bestimmt, welches materielle Gesetz zur Anwendung gelangen soll, nicht aber gefordert, daß das mildeste Gesetz auch zur mildesten Bestrafung führen müsse. Es kann allerdings nicht geleugnet werden, daß es wegen der nun einmal bestehenden Ungewißheit über den wirklichen Sachverhalt dem gesunden Rechtsempfinden widerstreben würde, wenn der Angeklagte schwerer bestraft würde, als in dem Falle, wo feststünde, daß er nicht das eine, sondern das andere Delikt begangen hat. Unter diesem Gesichtswinkel ist das ganze Problem zu betrachten, und insofern gibt das Wesen die die pragmatische Behandlungsweise der Wahlfeststellung bereits die Antwort auf die Frage nach dem mildesten Gesetz. Denn in Konsequenz der bisherigen Erörterung über die Wahlfeststellung soll der Delinquent mit der Strafe bedacht werden, die er auf Grund seines Verhaltens zum mindesten verdient hat. Sich diesen Grundsatz vor Augen haltend, ermitteln die Anhänger der oben erläuterten induktiven Methode das mildeste Gesetz, indem sie den Sachverhalt feststellen und den Fall unter Heranziehung aller maßgebenden strafrechtlichen Vorschriften nach den verschiedenen in Betracht kommenden Gesetzen aburteilen, das für den Angeklagten günstigste Ergebnis bestimmt dann das mildeste Gesetz. Es fragt sich nur, ob dieser schon als nicht unbedenklich bezeichnete Weg mit dem ausdrücklichen Auftrag des Gesetzgebers in Einklang gebracht werden kann. Wenn der Täter aus dem mildesten Gesetz bestraft werden soll, so muß, genau wie bei der Ermittlung des strengsten Gesetzes, das Gesetz den Vergleichspunkt liefern und nicht die im Einzelfall verwirkte Strafe; denn logischerweise erfolgt diese als Konsequenz der Anwendung des Gesetzes. Ob aber ein Gesetz milder oder strenger ist als ein anderes, kann grundsätzlich nur an Hand der Strafdrohungen festgestellt werden, was ja auch, um jeden Zweifel auszuschließen, in § 73 StGB. noch besonders hervorgehoben wird. Es ist, wie oben dargetan, nicht ausgeschlossen, daß nach dem Willen der Väter des Gesetzes das für den

57) Mezger S. 67.
58) Vgl. § 2 und § 2a StGB., ferner §§ 17, 20 d. Ges. vom 26. Mai 1933.

Täter günstigste Ergebnis beabsichtigt war; dann hätte es sich empfohlen, dies auch klar zum Ausdruck zu bringen. Der Wortlaut des Gesetzes schreibt jedenfalls einen Vergleich der Gesetze vor[59]). Und an dem ausdrücklichen Gesetzesbefehl können auch die Gegner dieser These nicht vorbei. Nur glauben sie, über den Weg eines Vergleichs der Strafen den Auftrag des Gesetzgebers ausführen zu können. Wie aber, wenn das so ermittelte, für den Angeklagten günstigste Gesetz bei Vergleich der Strafrahmen in abstracto nicht das mildeste ist? Der Strafrechtsentwurf von 1930 sah die Anwendung des für „den Täter günstigsten Gesetzes" vor. Weshalb ist der Gesetzgeber jetzt von diesem unmißverständlichen Auftrag abgewichen? Im Hinblick auf dieses Vorbild läßt gerade die Tatsache, daß nicht die Anwendung des im Endergebnis „für den Täter günstigsten", sondern „das mildeste Gesetz" schlechthin vorgeschrieben wurde, doch erhebliche Bedenken auftauchen, ob der vom Reichsgericht und seinen Anhängern eingeschlagene Weg mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar, und ob er wirklich vom Gesetz beabsichtigt ist. Insbesondere sei betont, daß es sich hier um die Anwendung bzw. Umkehrung bestimmter, für die Konkurrenzlehre maßgebender Regeln handelt, deren Handhabung zwar nicht straff und formalistisch, wohl aber logisch und konsequent zu erfolgen hat.

aa) Das Richtmaß.

Liegt der Fall ganz offenkundig, droht das eine Strafgesetz Zuchthaus, das andere Geldstrafe an, so ist ohne weiteres klar, welches als das mildeste angesehen werden muß. Im übrigen hat sich der Richter bei der Suche nach ihm unter Berücksichtigung der §§ 1 und 21 StGB. an folgende Richtlinien zu halten:

Zunächst sind die Hauptstrafen miteinander zu vergleichen; führt dies zu keinem Ergebnis, so müssen etwa vorhandene Nebenstrafen berücksichtigt werden. Die Strafdrohungen steigern sich von der Geldstrafe zu Haft, Festungshaft, Gefängnis, Zuchthaus bis zur Todesstrafe. In jedem Falle wird eine Geldstrafe, gleichgültig in welcher Höhe, gegenüber einer Freiheitsstrafe als die mildere angesehen[60]). Bei gleichen Hauptstrafdrohungen ist das Nebenstrafen zulassende Gesetz schwerer als das, welches sie nicht kennt; und wenn ein Gesetz mehrere derselben zuläßt, ist es strenger als das, welches nur eine von ihnen enthält. Sind bei sämtlichen in Frage kommenden Gesetzen verschiedenartige Nebenfolgen vorgesehen, so muß auch hier geprüft werden, welche davon die mildeste ist, wobei zunächst noch dahingestellt bleibt, ob der Angeklagte nachher auch mit diesen Nebenfolgen bedacht werden darf. Für die Ermittelung des mildesten Gesetzes können sie jedenfalls relevant sein. Wenn das Gesetz auch keinen dem § 21 StGB. entsprechenden Vergleichsmaßstab hierfür bietet, so kann doch die Brunssche Ansicht (a. a. O.), die Nebenfolgen seien schlechthin unvergleichbar, nicht geteilt werden. Bruns mißt den Nebenfolgen nur dann Bedeutung bei, „wenn es sich um Straftaten handelt, für die bei eindeutiger Feststellung Strafen von gleicher Art und Höhe verwirkt sind und nur eine dieser Straftaten die Anordnung einer Nebenfolge zuläßt oder erfordert". In allen übrigen Fällen ließen sich die in Betracht kommenden Nebenfolgen bei der Ermittlung des mildesten Gesetzes nicht berücksichtigen, weil es an einer Vergleichsgrundlage fehle[61]). M. E. kann die Bedeutung der Nebenfolgen nach ihrer Strenge oder Milde für den Angeklagten, wenn auch nicht immer, so doch in vielen Fällen, sehr unterschiedlich bewertbar sein, und zwar auch bezw. gerade dann, wenn die Strafdrohungen der in Frage stehenden Gesetze gleich sind und alle zur Wahl stehenden Gesetze verschiedene Nebenfolgen zulassen. Oder sollte es nach Strenge und Milde

59) Vgl .Niethammer in Olshausens Nachtrag § 2b.
60) RG. Bd. 57 S. 193.
61) Bruns a. a. O. S. 285.

nicht abwägbar und daher für den Angeklagten gleichgültig sein, ob die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ausgesprochen oder die Entmannung verhängt wird, ob die Stellung unter Polizeiaufsicht oder die Sicherungsverwahrung angeordnet wird? Liegen ungleiche Strafrahmen vor, so müssen allerdings etwaige Nebenfolgen hinter die Hauptstrafdrohungen zurücktreten. Diese sind dann für die Ermittlung des mildesten Gesetzes allein ausschlaggebend. Endlich können auch etwaige Bestimmungen über Rückfall, Teilnahme, Versuch, Bedingungen der Strafbarkeit und Prozeßvoraussetzungen ausschlaggebend sein. So ist beispielsweise ein Gesetz, das den Versuch nicht für strafbar erklärt oder eine Rückfallschärfung nicht kennt, das mildere Gesetz gegenüber dem, das derartige Bestimmungen vorsieht; und zwar, wie sich aus den weiteren Ausführungen ergibt, auch dann, wenn Versuch oder Rückfall im konkreten Falle nicht in Frage kommen. Entsprechendes gilt auch hinsichtlich der Strafaufhebungsgründe, beispielsweise der Verjährung bezüglich des Antragserfordernisses usw.

Nun kann auch der Fall eintreten, daß die Gesetze keine Vergleichsmöglichkeit nach den bisherigen Maßstäben bieten, weil in den Sanktionen kein Unterschied besteht. Wie soll dann der Richter den Auftrag des Gesetzgebers ausführen? Die mehrfach vertretene Ansicht, in diesem Falle könne der Richter nach Gutdünken wählen, welches Gesetz er anwenden wolle, dürfte als juristische Methode bedenklich und durch das Gesetz keineswegs begründet erscheinen. Andererseits führt die Ansicht, der Täter könne hier in Ermangelung eines mildesten Gesetzes nicht bestraft werden, zu einem höchst unbefriedigenden Ergebnis. Doch wer sagt, daß die Sanktionen für den Vergleich der Gesetze unbedingt und ausschließlich maßgebend sein müssen? Sollte sich außer den Strafdrohungen nicht noch ein anderer Vergleichsmaßstab finden lassen? Grundsätzlich steht die Anwendung der Rechtsfolge in Frage. Aber bewertet nicht der Gesetzgeber selbst die durch die gleichen Strafsanktionen geschützten Normen verschiedenartig, indem er in einem Falle den Versuch oder Rückfall bestraft, im anderen Falle dagegen nicht? Und gehen nicht überhaupt die ungleichen Strafdrohungen des Gesetzes auf eine verschiedenartige Wertung der Normen durch den Gesetzgeber zurück? Im Falle des Uebereinstimmens der Strafdrohungen scheint mir daher vom juristischen Standpunkte aus an Stelle des Beliebens des Richters oder anstatt eines Freispruchs ein Rückgriff auf die Norm richtig und notwendig, indem hier verglichen wird, welches Gesetz dem Delinquenten die umfassendste Verpflichtung auferlegt, bzw. welches Gesetz an den Angeklagten die geringsten Anforderungen stellt. Zwar liegt hier die Gefahr nahe, daß die Wertung und Abwägung der Normen auf einen Vergleich der Tatbestände hinausläuft; doch können diese Bedenken aus den oben genannten Gründen nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein, und sie sind keineswegs geeignet, die Richtigkeit des hier vorgeschlagenen Weges zu erschüttern.

Sind also die Sanktionen gleich, so muß geprüft werden, welches Gesetz die günstigste Gesamtbeurteilung ermöglicht[62]). So ist beispielsweise § 26 RStrVerkO. das mildere Gesetz gegenüber § 25 RStrVerkO., obgleich beide dieselbe Strafdrohung enthalten. Angenommen: A ist mit erheblicher Geschwindigkeit in eine Rotte Straßenarbeiter hineingefahren, ohne dabei jemand zu verletzen. In hinreichender Entfernung vor der Aufbruchstelle der Straße war an der für A rechten Straßenseite ein Warnungsschild aufgestellt. A gibt an, keine Warnungstafel gesehen zu haben; er hätte sie im übrigen auch gar nicht sehen können, da sie zu der fraglichen Zeit durch einen an dieser Stelle befindlichen Lastwagen verdeckt gewesen sei. Die Angaben des A bezüglich des Lastwagens stimmen. Allerdings war die Warnungstafel nur für denjenigen verdeckt und unsichtbar, der die linke Straßenseite einhielt. Von einem vorschriftsmäßig rechtsfahrenden Wagenführer konnte und mußte das Schild gesehen werden.

62) So auch ähnlich bezgl. des § 2 Abs. II a. F. StGB., Entsch. d. OLG. München vom 6. VIII. 1935. (1. Ss. 167/35.)

A. ist also entweder links gefahren oder er hat es an der nötigen Achtsamkeit fehlen lassen. Nach § 26 RStrVerkO. ist, soweit nicht besondere Umstände entgegenstehen, grundsätzlich rechts zu fahren, und die linke Straßenseite darf nur in den dafür vorgesehenen Fällen benutzt werden. Nach § 25 RStrVerkO. hat jeder Teilnehmer am öffentlichen Verkehr sich so zu verhalten, daß er keinen anderen schädigt oder mehr als nach den Umständen unvermeidbar behindert oder belästigt. Während demnach der § 26 im Regelfalle hauptsächlich nur die Einhaltung der rechten Seite der Fahrbahn verlangt, fordert § 25 Anwendung jeder zumutbaren Aufmerksamkeit und Vorsicht. Dieser Paragraph legt also eine umfassendere Verpflichtung auf als jener. Somit kann als einstweiliges Ergebnis folgendes festgehalten werden: Für die Entscheidung der Frage, welches Gesetz als das mildeste anzusehen ist, ist entscheidend nicht allein eine Vergleichung der in Betracht kommenden Gesetze nach ihrem Strafrahmen, sondern auch nach ihrer Gesamtbeurteilung. Bieten die Gesetze auch in dieser Hinsicht keine Vergleichsmöglichkeit mehr, so ist in Ermangelung eines mildesten Gesetzes der Gesetzesbefehl nicht ausführbar. Die dann auftauchende Frage: freie Wahl des Richters oder Freispruch des Angeklagten? müßte trotz des unerfreulichen Ergebnisses getreu dem noch geltenden Auslegungsgrundsatz „in dubio mitius" im Sinne eines Freispruchs entschieden werden.

bb) Die Relativität des mildesten Gesetzes.

Da aber das Wort „milde" keine absolute Bedeutung hat, darf es nur relativ gewertet werden. Zwar wird für einen Vergleich der Gesetze nach ihrer Milde oder Strenge grundsätzlich nur die Vergleichung ihrer Sanktionen, und zwar der abstrakten Strafdrohungen, Richtmaß sein, doch muß es sich hierbei entsprechend dem Wesen der Wahlfeststellung um einen abstrakten Vergleich der Sanktionen im Hinblick auf den konkreten Fall handeln; d. h die Zweifelhaftigkeit der Alternativentscheidung gebietet beim Vergleich der Strafdrohungen die Berücksichtigung des gerade zur Aburteilung stehenden Einzelfalles. Es sind also mehrere Variationen möglich, die ein Abweichen von den bezw. eine Ergänzung der vorhin aufgestellten Regeln erfordern. Angenommen, im Normalfalle sei a das mildere Gesetz gegenüber b, aber der Täter sei hinsichtlich a rückfällig, sodaß der bei a hierfür vorgesehene Strafrahmen Anwendung finden müßte, so würde das strengere Gesetz b zum milderen, und aus ihm wäre auch die Strafe zu entnehmen. Liegt bei allen zu vergleichenden Gesetzen ein rückfallschärfendes Moment vor, sind in dieser Hinsicht also die gleichen Voraussetzungen gegeben, dann ist naturgemäß das mildeste Gesetz so zu ermitteln, als wenn diese Strafschärfung nicht vorhanden wäre. Welches von mehreren Strafgesetzen das mildeste im Sinne des § 2b StGB. ist, kann also nicht generell vorher bestimmt werden, sondern der Richter muß in Konsequenz der Relativität des Begriffes jeweils für den Einzelfall feststellen, welches Gesetz das mildeste darstellt, es sei denn, daß es sich bei den zu vergleichenden Strafdrohungen um absolut bestimmte handelt. Weil sonach das Verhalten des Täters für die Ermittlung des anzuwendenden Gesetzes nur im konkret vorliegenden Falle maßgebend sein darf, und weil weder feststeht, daß der Angeklagte den einen, noch daß er den anderen Tatbestand verwirklicht hat, kann es nicht zweifelhaft sein, daß nicht nur die ordentlichen Strafrahmen zur Anwendung kommen. Neben den benannten Strafmilderungsgründen müssen auch die unbenannten Beachtung finden, so insbesondere die sogen. mildernden Umstände. Stünde nämlich fest, daß der Angeklagte das mildernde Umstände zulassende Delikt a begangen hat, und müßten ihm diese zugebilligt werden, käme ihm also die Strafmilderung zugute, dann ist a für ihn das mildeste Gesetz,

auch wenn das noch zur Wahl stehende, aber keine mildernden Umstände zulassende Strafgesetz b zwar das gleiche Strafminimum, aber ein niedrigeres Strafmaximum enthält als a. Das gilt sogar, wenn bei Vergleich der ordentlichen Strafrahmen das Gesetz b ein geringeres Strafminimum aufweist als das Gesetz a, aber infolge Zubilligung mildernder Umstände das niedrigere unterschritten werden dürfte und im konkreten Falle auch unterschritten werden müßte. Das einen bestimmten Mindestbetrag nur im Falle mildernder Umstände zulassende Gesetz ist natürlich schwerer als das denselben Mindestbetrag auch ohne solche festsetzende. Wenn auch grundsätzlich für die Bestrafung des Teilnehmers die Haupttat zugrunde zu legen ist, so muß hier in Anbetracht der Wahldeutigkeit dieser Haupttat das für den Teilnehmer mildeste Gesetz ermittelt werden. Dies kann dann zu der merkwürdigen Konsequenz führen, daß ein gewerbsmäßiger Abtreiber wegen Betrugs, ein arglistiger Betrüger wegen versuchter Abtreibung bestraft wird [63]). Auch ergibt sich daraus u. U., daß der Haupttäter wegen Betrugs, der Teilnehmer dagegen wegen Anstiftung zur versuchten Abtreibung bestraft werden muß. Der akzessorische Charakter der Beihilfe oder Anstiftung erleidet hierdurch keine Einbuße. Besonders bei der Anstiftung ist wegen ihrer Akzessorietät noch zu beachten, daß die Anstiftung sich auf die wahldeutig festgestellte Haupttat erstrecken muß, d. h. es ist festzustellen, ob sowohl zu dem einen wie zu dem anderen in Frage stehenden Delikt angestiftet worden ist.

Nun will Bruns [64]) die Unzulänglichkeit der deduktiven Methode u. a. dadurch beweisen, daß er in ihr eine Inkonsequenz festgestellt zu haben glaubt. Zwar soll die Frage der Strafzumessung nicht völlig außer Betracht bleiben. Besondere Strafzumessungsgründe dürften aber nur ä u ß e r s t e n f a l l s, „nämlich nur dann berücksichtigt werden, wenn sie ein Gesetz mit niedrigerer Strafdrohung zur Anwendung bringen würden, niemals dagegen innerhalb des mildesten Strafrahmens". Beim Vorhandensein einschlägiger Vorstrafen dürften „nur die rückfallbegründenden und damit zur Anwendung eines neuen Strafrahmens führenden Vorstrafen berücksichtigt werden, nicht dagegen die nicht rückfallbegründenden Verurteilungen, obwohl sie regelmäßig innerhalb des mildesten Strafrahmens eine erhebliche Strafschärfung zur Folge haben." Die Zweifelhaftigkeit der wahldeutig getroffenen Feststellungen, die zugunsten des Täters „nach den Grundsätzen der materiellen Gerechtigkeit" zu beachten sei, müsse sich zu dessen Gunsten dadurch auswirken, daß nicht nur die zu einer Aenderung des normalen Strafrahmens führenden Vorstrafen berücksichtigt würden, sondern auch die sich innerhalb des Strafrahmens bewegenden Strafzumessungsgründe. Abgesehen davon, daß Bruns mit seiner Argumentation noch nicht von der Richtigkeit seiner induktiven Methode überzeugt, so zieht er aus der Anwendung der deduktiven Methode eine Folgerung, die sich nicht notwendig daraus zu ergeben braucht. Die induktive Methode verbindet die Ermittlung des mildesten Gesetzes mit der Frage der Strafzumessung. Die deduktive Methode scheidet dagegen die Frage des mildesten Gesetzes von der Frage der Strafzumessung. Beim Vorliegen rückfallbegründender Vorstrafen ist der Gedankengang des Richters beim Vergleich der Gesetze folgender: Es steht zwar nicht fest, ob der Angeklagte das Delikt a begangen hat, weswegen er vorbestraft ist; wenn er es aber begangen hat, dann kann hinsichtlich a nur ein Rückfall vorliegen, und deshalb ist der für den Rückfall vorgesehene Strafrahmen zu berücksichtigen. Die zu einem neuen Strafrahmen führenden Vorstrafen bestimmen also kraft Gesetzes, welche Vorschrift zur Anwendung gelangen muß. Ob die nicht rückfallbegründenden Verurteilungen eine Strafänderung zur Folge haben oder nicht, ist eine Frage der Strafzumessung innerhalb des Rahmens des anzuwendenden Gesetzes. Die Gedankenfolge bei der Strafzumessung innerhalb des mildesten Strafrahmens

63) Vgl. RG. Bd. 69 S. 372.
64) Bruns a. a. O. S. 278/280.

entspricht bei einschlägigen Vorstrafen der eben gezeigten für die Ermittlung des mildesten Gesetzes. Es bleibt zwar ungewiß, welches Strafgesetz verletzt wurde, aber Bestrafung aus dem mildesten Gesetz ist ja nicht mit mildester Bestrafung schlechthin gleichzusetzen.

4. Die Umkehrung des im § 73 StGB. zum Ausdruck gebrachten Prinzips in § 2b StGB.

Haben wir bisher das mildeste Gesetz hauptsächlich aus dem Wesen der Wahlfeststellung zu entwickeln versucht, so müssen wir jetzt durch Vergleich mit anderen in Frage kommenden Bestimmungen prüfen, welche Folgerungen wir daraus für unsere Zwecke ziehen können.

Schwarz[65]) vergleicht den Fall der Alternativität (gemeint ist die Wahlfeststellung) mit dem der Realkonkurrenz. Es bildeten nämlich zwei Handlungen (?) den Gegenstand der Aburteilung, eine davon werde allerdings nur hypothetisch angenommen. § 74 StGB. kann jedoch für § 2b StGB. nicht maßgebend sein, denn jene Bestimmung stellt es auf die Strafe ab, diese dagegen in erster Linie auf das anzuwendende Gesetz. Jene Vorschrift trifft für die Realkonkurrenz eine Strafregelung, ordnet aber nicht an, daß ein bestimmtes Gesetz zur Anwendung gelangen soll; soweit das Asperationsprinzip keine Anwendung findet, ist das Kumulationsprinzip maßgebend. Diese Frage hat aber mit dem § 2b StGB. nicht das geringste zu tun[66]). Daher muß ein Vergleich des § 74 StGB. mit § 2b StGB. ausscheiden.

Um so mehr Beachtung verdient eine Vergleichung des § 73 StGB. mit § 2b StGB. Schreibt § 73 StGB. bei kumulativer Konkurrenz die Anwendung des strengsten Gesetzes vor und führt § 2b StGB. bei alternativer Konkurrenz die Anwendung des mildesten Gesetzes ein, so liegt darin, wie eingangs bereits hervorgehoben, der Sache nach eine Umkehrung des in § 73 StGB. ausgesprochenen Prinzips. Allerdings zeigen beide Bestimmungen gewisse Differenzen, sodaß die uneingeschränkte Umkehrung ihrer Grundsätze nicht ohne weiteres Anwendung finden kann. Außerdem muß berücksichtigt werden, daß auch die Auslegung des § 73 StGB. bisher nicht unbestritten war, und daß deshalb ein Vergleich von zwei umstrittenen Bestimmungen eine gewisse Erschwerung bedeutet.

a) Anwendung dieses Grundsatzes nur, soweit beiderseits die entsprechenden Voraussetzungen dazu vorhanden sind.

Es sei darauf hingewiesen, daß im § 73 StGB. eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzen muß, damit dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe androht, zur Anwendung gelangt. Es steht hier also fest, daß der Täter mehrere Strafgesetzte verletzt hat, während er im Falle des § 2 StGB. nur ein Delikt begangen hat und man nur nicht weiß, welches. Versteht man unter „Delikt" einen Verstoß gegen das Strafgesetz[67]), so macht § 73 StGB. für das Zusammentreffen mehrerer Delikte eine Ausnahme von dem Grundsatz „quot delicta tot poenae". § 73 StGB. geht von dem Gedanken „poena maior absorbet minorem" aus, d. h. die aus dem strengeren Gesetz entlehnte Strafe absorbiert die des milderen, oder durch die Bestrafung des strengeren Deliktes gilt das mildere als mitbestraft. Demgegenüber besagt § 2b StGB., daß bei einer Wahlfeststellung

65) Schwarz in Strafrechtl. Abhandl. Heft 368 S. 45 ff.
66) A. A.: Schaffstein in JW. 1936 S. 195.
67) So Lobe-Ebermayer § 73, 1.

überhaupt ein Strafanspruch besteht, und ordnet dann in Anbetracht der Wahldeutigkeit der Handlung und aus der Erwägung heraus, daß zum mindesten ein Verstoß gegen das mildeste Gesetz vorliegt, die Bestrafung aus diesem Gesetz an. Bei der Idealkonkurrenz mußte die alte Streitfrage, ob Absorption oder Kumulation der Strafe, entschieden werden. Dagegen wollte der Gesetzgeber im § 2b StGB. eine Lücke im Gesetz schließen und den Verbrecher einer Bestrafung zuführen. Durch das Absorptionsprinzip soll eine Kumulation der Strafen und damit eine unbillige Härte vermieden werden. § 2b StGB. will durch Vermeidung unverdienter Straflosigkeit der Gerechtigkeit Genüge leisten. Die Wirkung des Absorptiponsprinzips erstreckt sich aber nur auf die Bemessung der Strafe. Damit wird also das minder schwere Delikt bei der Aburteilung nicht gänzlich ausgeschieden. Im Gegenteil: Schuldigerklärung und Verurteilung erfolgen wegen aller eintätig zusammentreffenden Delikte, deren gesetzliche Merkmale festgestellt sind, was namentlich für den Rückfall von Bedeutung ist; aus dem strengsten Gesetz erfolgt lediglich die Bestrafung. Hieraus ergibt sich ferner, daß in dem Falle, in dem das schwerere der ideal-konkurrierenden Delikte aus irgend einem Grunde, etwa wegen Straflosigkeit des Versuchs, fehlenden Strafantrags oder wegen Verjährung nicht berücksichtigt werden darf, Bestrafung aus dem leichteren Delikt erfolgen muß. Im Falle des § 2b StGB. kann dagegen keine Verurteilung stattfinden, wenn eines der mehreren alternativ konkurrierenden Strafgesetze aus irgend einem Grunde ausfällt, weil ja dadurch die Alternative und damit die Möglichkeit, eine Wahl zu treffen, genommen ist.

Wenn es in § 73 StGB. heißt, es „kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, das die schwerste Strafart androht, zur Anwendung", und wenn § 2b StGB. sagt: „Es ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen", so kann dieser Abweichung in der Formulierung keine grundlegende Bedeutung zukommen[68]). Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber mit der verschiedenen Ausdrucksweise einen bestimmten Zweck verfolgt hätte, sind nicht erkennbar, und daher ist diese grundsätzlich ohne Belang. Und wenn einer glauben sollte, sie spiele unter Berücksichtigung der übrigen hier zu beachtenden und angedeuteten Faktoren doch eine Rolle, wer liefert dann den Beweis, daß das im Strafrecht enthaltene und im natürlichen Rechtsempfinden verankerte, übrigens bisher unwiderlegte Prinzip: „bei alternativer Konkurrenz mildestes Gesetz, bei kumulativer Konkurrenz strengstes Gesetz", soweit § 73 StGB. in Betracht kommt, richtig zum Ausdruck und zur Anwendung gebracht wurde? An anderer Stelle wurde die Brauchbarkeit der vergleichenden Methode bereits gekennzeichnet, und es liegt die Frage durchaus nicht so fern, ob nicht die dem § 73 StGB. zuteilgewordene Auslegung gerade mit Rücksicht auf die Einfügung des § 2b in der Richtung einer Nachprüfung bedarf, ob die im konkreten Einzelfalle zur Anwendung gelangenden Strafdrohungen oder die abstrakten Sanktionen in Vergleich zu setzen sind. Ja, es taucht sogar im Hinblick auf § 2b StGB. die Frage auf, ob § 73 StGB. das dort vertretene Prinzip überhaupt richtig zum Ausdruck bringt.

b) Die praktische Folgerung der Anwendung dieses Grundsatzes.

aa) In Bezug auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts betr. den Vergleich der abstrakten Strafrahmen.

Das Reichsgericht vertritt zu § 73 StGB. den Standpunkt, die „besonders schweren Fälle" und die mildernden Umstände blieben grundsätzlich

68) Vgl. Graf zu Dohna a. a. O.

außer Betracht. Bei entsprechender Anwendung dieses Grundsatzes auf § 2b StGB., wo doch der konkrete Einzelfall entscheiden muß, käme man damit zu ganz unhaltbaren Konsequenzen. Wie ist nun bei der Wahlfeststellung zu verfahren? Wenn das Reichsgericht bei der Ermittlung des strengsten Gesetzes nach § 73 StGB. zwar in bestimmten Fällen die unbenannten Strafänderungsgründe entscheiden läßt, bei der Einordnung der Delikte in die Reihe der Verbrechen und Vergehen dagegen nicht, so ist die Notwendigkeit dieser ungleichen Bewertung der unbenannten Strafänderungsgründe nicht einleuchtend. Außerdem ist die hinsichtlich der Deliktseinteilung nach § 1 StGB. vertretene Ansicht — worauf schon früher hingewiesen wurde — mit dem neuen § 20a StGB. nicht in Einklang zu bringen, daher revisionsbedürftig und für unsere Zwecke unbrauchbar. Ein tieferer Grund dafür, daß eine gewerbsmäßig ausgeübte Tat anders bewertet und behandelt werden soll als die eines Gewohnheitsverbrechers, ist nicht einzusehen. Hinsichtlich des § 2b StGB. kann es der Natur der Wahlfeststellung entsprechend nicht zweifelhaft sein, daß für die Ermittlung des mildesten Gesetzes die den ordentlichen Rahmen „in concreto" lediglich verschiebenden Strafzumessungsgründe genau so ausschlaggebend sind, wie die einen besonderen Verbrechenstatbestand begründenden Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe. Wenn sodann bei § 73 StGB. die Strafe innerhalb der Grenzen des die schwerste Strafe bzw. Strafart androhenden Gesetzes bemessen werden soll, so hindert das nicht, daß bei der Strafzumessung die Berücksichtigung aller ideal-konkurrierenden Delikte geboten ist. Bei der Wahlfeststellung darf dagegen die Strafe nicht etwa aus dem Grunde schärfer bemessen werden, weil der Verdacht oder die Möglichkeit besteht, der Täter habe das schwerere Delikt begangen. Daß diese an sich logische und selbstverständliche Folgerung selbst von maßgeblicher Stelle verkannt wird, beweist der kürzlich von dem Kölner Schwurgericht abgeurteilte „Fall Ludewig", wo es in der mündlichen Urteilsbegründung in Bezug auf das Strafmaß hieß: „daß sich aus der Alternativfeststellung . . . schon von selbst eine hohe Strafe ergeben müsse" [69]).

bb) Bezüglich der Exklusivität des „mildesten" und des „strengsten Gesetzes".

§ 73 StGB. spricht ferner ein sehr wichtiges und allgemein anerkanntes Prinzip aus, nämlich das der Exklusivität des strengsten Gesetzes, d. i. der Grundsatz der ausschließlichen Anwendung des die schwerste Strafdrohung enthaltenden Gesetzes; es darf also nicht auf Grund des einen Gesetzes die Hauptstrafe, auf Grund des anderen eine Nebenstrafe festgesetzt werden, und zwar bezieht sich dieser Grundsatz nach der herrschenden Lehre nur auf die Strafen, nicht aber auf anderweitige Maßregeln, etwa auf polizeiliche Maßnahmen und Privatgenugtuungen. Auch § 2b StGB. enthält seinem Wortlaut entsprechend den Grundsatz der Exklusivität des anzuwendenden Gesetzes. Es kann nun m. E. darüber nicht gestritten werden [70]), daß den Delinquenten nach § 2b StGB. nur solche anderweitigen Deliktsfolgen treffen dürfen, für die die Voraussetzungen in jedem Falle gegeben sind; insbesondere können Nebenfolgen nur dann zugelassen werden, wenn alle zur Wahl stehenden Gesetze dieselben aufweisen. Und zwar sind die Nebenstrafen den übrigen Nebenfolgen in dieser Hinsicht gleichzustellen. Sieht also nur das mildeste Gesetz Sicherungsverwahrung, Entmannung oder Einziehung der instrumenta sceleris vor, so darf mit Rücksicht auf die Unsicherheit der wahldeutig getroffenen Feststellung keine dieser Nebenfolgen angeordnet werden. Drohen dagegen alle in Betracht kommenden Gesetze gleichartige Maßnahmen an, so darf darauf

69) Vgl. Köln. Ztg. Stadtanzeiger 6. Juni 1936, Nr. 337.
70) A. A.: Bruns a. a. O.

erkannt werden, weil ja diese Maßnahme auch angeordnet werden könnte, wenn eindeutig der eine oder wenn eindeutig der andere Tatbestand festgestellt worden wäre. Handelt es sich im Falle der einen wie der anderen Variante nicht um dasselbe Einziehungsobjekt, so muß die Einziehung unterbleiben. Hierdurch wird nun der Grundsatz der Exklusivität oder der Totalität des anzuwendenden Gesetzes erschüttert. Es erfährt dieses Prinzip allerdings auch bei § 73 StGB. eine gewisse Einschränkung. Zwar ist das Reichsgericht der Ansicht, daß unter das Strafminimum des milderen Gesetzes herabgegangen werden darf, wenn dieses höher ist als das Strafminimum des angewandten strengsten Gesetzes [71]). Aber nicht mit Unrecht wird das Reichsgericht wegen dieser Konsequenz angegriffen, weil die kumulative Konkurrenz eines anderen Deliktes niemals strafmildernd wirken dürfe. Soll aber nicht unter das Minimum des mildesten Gesetzes heruntergegangen werden, so erfährt die Totalität des strengsten Gesetzes eine Einengung. Ferner erstreckt sich nach der herrschenden Lehre die Absorption nur auf die Strafdrohung, nicht aber auf diejenigen Rechtsfolgen, die keine Strafen sind. Insoweit muß also ebenfalls dieses Prinzip der Exklusivität des strengsten Gesetzes eine Einschränkung erfahren. Bei § 2b StGB. wird die strenge Durchführung dieses Prinzips insbesondere dann problematisch, wenn das Gesetz a einen nach oben und unten weiteren Strafrahmen enthält als das Gesetz b. Ist es dann möglich, noch über den Höchstbetrag des strengeren Gesetzes b bis zum Strafmaximum des milderen Gesetzes a hinaufzugehen [72])? Es darf hier umgekehrt wie in dem oben erwähnten Falle des § 73 StGB. keine über das Maximum des strengeren Gesetzes im Sinne des § 2b StGB. hinausgehende Bestrafung erfolgen. Sonst könnte das strenge Festhalten an dem Grundsatz der Exklusivität dazu führen, daß der Täter in der ersten Instanz mit einer zwischen den Höchstbeträgen der zur Wahl stehenden Gesetze liegenden Strafe aus dem mildesten Gesetz bedacht, in der Berufungsinstanz jedoch nach Klärung des Sachverhalts des anderen schweren Deliktes überführt würde und dann aus dem strengeren Gesetz mit niedrigerem Strafmaximum eine geringere Strafe erhalten müßte als in der ersten Instanz. Insoweit also mit dieser abstrakten Möglichkeit zu rechnen ist, daß der Täter bei Anwendung des mildesten Gesetzes strenger bestraft werden könnte, als wenn eindeutig ein Verstoß gegen das andere Gesetz festgestellt worden wäre, muß die Exklusivität des anzuwendenden Gesetzes eine Einschränkung erfahren; denn sonst würde die ausnahmslose Durchführung des fraglichen Prinzips dem Wesen und Zweck der Wahlfeststellung widersprechen. Im übrigen dürfen aber die beiderseitigen Strafrahmen nicht kombiniert werden [73]); es muß an dem Grundsatz der Exklusivität des mildesten Gesetzes festgehalten werden, da dieser im Gesetz ausdrücklich festgelegt ist; Ausnahmen hiervon können nur in den oben genannten Fällen der Anordnung ungleicher Nebenfolgen, der Einziehung usw. zugelassen werden, wenn eben das Festhalten an diesem Prinzip mit der Wahlfeststellung unvereinbar ist.

Der Nachweis für die Richtigkeit der Grundlage unserer Untersuchung dürfte aus unseren Darlegungen hervorgegangen sein. Trotz aller vorgebrachten Einwendungen kann daran festgehalten werden, daß § 2b StGB., wenn auch nicht uneingeschränkt, der Sache nach eine Umkehrung des bei der

71) RG. Bd. 18 S. 176 f.; Bd. 53 S. 49.

72) Desgleichen macht Gerland (S. 64) in dem entsprechenden Falle des § 2 Abs. 2 a. F. eine Ausnahme von dem auch dort vertretenen Grundsatz der Exklusivität des mildesten Gesetzes.

73) Das Reichsgericht hat in seiner Entsch. in JW. 1925 Nr. 50 S. 995 den Grundsatz der Exklusivität des mildesten Gesetzes bei § 2 Abs. 2 a. F. durchbrochen, indem es Teile des mildesten und des strengsten Gesetzes miteinander kombinierte. In der Literatur hat diese Entscheidung mit Recht Befremden hervorgerufen, da sie weder dem Wortlaute noch der ratio des § 2, II a. F. gerecht wird. Der § 2, II a. F. stellt, wie früher dargetan, eine Vergünstigungsvorschrift für den Angeklagten dar. Gleichwohl wird die Durchbrechung des fraglichen Prinzips allgemein abgelehnt; dann muß erst recht das Prinzip der Exklusivität des mildesten Gesetzes im § 2b, abgesehen von den hier erwähnten Ausnahmen, beibehalten werden, da er keine Vergünstigungsvorschrift bedeutet.

kumulativen Konkurrenz gewollten Prinzips enthält, wobei nicht untersucht zu werden braucht, ob dieses Prinzip durch § 73 StGB. unbedingt richtig zum Ausdruck gebracht und richtig gehandhabt worden ist. Oder sollte es sich beim mildesten und beim strengsten Gesetz nicht um zwei polare Gegensätze innerhalb der Konkurrenzlehre handeln?

Das Reichsgericht behandelt das Problem der Bestrafung aus dem mildesten Gesetz einseitig als Zweckfrage und übersieht dabei ihre logische Seite im System abstrakter Rechtssätze. Man erkennt deutlich, daß dieser ganze Fragenkomplex den maßgebenden Stellen Schwierigkeiten bereitet hat[74]), und es ist bezeichnend, wie man hier eine praktische Lösung versucht hat. War man ursprünglich einer Wahlfeststellung überhaupt abgeneigt, so ging man schließlich der Not gehorchend — sogar bei völlig heterogenen Tatbeständen — dazu über, eine alternative Tatfeststellung zuzulassen. Dabei sollte dann die Rücksicht auf die Sicherheit der Urteilsfindung und auf die Gerechtigkeit der Urteilswirkung nicht außer Acht gelassen werden. Und da nach der eigenen Angabe des Reichsgerichts[75]) für seine Lösung Zweckmäßigkeitsgründe bestimmend waren, ging es auf den allgemeinen Grundsatz zurück, daß da, wo die nach den verfahrensrechtlichen Vorschriften vollzogene Tatsachenermittlung die vorhandenen Zweifel nicht behoben hat, die für den Täter günstigsten Vorschriften zur Anwendung gelangen sollen. Hiernach bestraft das Reichsgericht dann die zu beurteilende Tat nach dem Gesetz, das nach der besonderen Lage des Falles die mildeste Bestrafung zuläßt, erkennt aber folgerichtig auf Nebenstrafen und Nebenfolgen nur dann, wenn auch das andere in Betracht kommende Gesetz sie androht. So gelangt das Reichsgericht entsprechend der hier abgelehnten induktiven Methode zu dem Ergebnis, für die Bestimmung des mildesten Gesetzes bei der Wahlfeststellung sei das mildeste Gesetz des § 2 a. F. StGB. maßgebend. Allerdings macht das Reichsgericht[76]) noch einen bezeichnenden Zusatz, daß nämlich die Ausgestaltung im einzelnen der weiteren Entwicklung vorbehalten bleibe. Nach der Einfügung des § 2b ins Strafgesetzbuch vertritt es nun in Konsequenz seines oben erwähnten Standpunktes die Auffassung, § 2b und § 2 a. F. enthielten hinsichtlich der Anwendung des mildesten Gesetzes dasselbe Prinzip.

Nach dem oben Dargelegten scheint mir die Unzulänglichkeit der vom Reichsgericht angewandten Methode hinreichend gekennzeichnet zu sein. Es mag der vom Reichsgericht gewiesene und von einem Teil der Gesetzesinterpreten nachgegangene Weg der Uebertragung der bei § 2 Abs. 2 a. F. StGB. ausgesprochenen Grundsätze auf § 2b StGB. zwar vom Standpunkte der Praxis einfach und in vielen Fällen wohl auch im Endergebnis richtig sein; er dürfte aber bei einer theoretischen Untersuchung als Vergleichsgrundlage nicht unbedenklich und zur methodischen Ergründung und Findung des Rechts im Sinne der Gesetzesanwendung unbrauchbar sein.

74) Vgl. Pfundtner-Neubert § 2b, 1.
75) RG. Bd. 68 S. 259.
76) RG. Bd. 68 S. 263.

VI. Die sonstigen Auswirkungen der Anwendung des „mildesten Gesetzes".

Nicht nur auf materiellrechtlichem Gebiet ist das mildeste Gesetz problematisch, sondern auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht tauchen bei der Anwendung des mildesten Gesetzes Streitfragen auf, die in diesem Zusammenhang Beachtung verdienen.

1. Die eindeutige Urteilsformel eine Fiktion?

Logischerweise müßte man erwarten, daß im Falle wahldeutiger Verurteilung die Urteilsformel auch die Wahldeutigkeit irgendwie zum Ausdruck bringt. Es kann daher nicht geleugnet werden: die nach § 267b StPO. vorgeschriebene eindeutige Verurteilung einer wahldeutigen Tatsache leidet an einem inneren Widerspruch. Bruns[77]) sieht in der eindeutigen Verurteilung eine Fiktion, die „für die Verhängung oder Anordnung von Nebenfolgen und sichernden Maßnahmen, die mit den für die alternative festgestellten Taten verwirkten Strafen verbunden sind, in den Regelfällen aufgegeben werden muß". Dagegen soll diese Fiktion aufrechterhalten werden „für die rechtliche Würdigung derjenigen Ereignisse, die erst später eintreten und für die Beurteilung des alten historischen Vorkommnisses unter neuen rechtlichen Gesichtspunkten". Diese von Bruns vorgeschlagene Konstruktion einer Fiktion nur für die Würdigung aller Ereignisse, die nach Rechtskraft des Urteils eintreten, nicht dagegen wegen der untragbaren Folgerungen für die vor dem Urteil liegenden Ereignisse erscheint doch wenig glücklich und vom juristischen Standpunkt aus wohl nicht haltbar. Entweder liegt eine Fiktion vor oder nicht. Ein Zwischending gibt es nicht. Andere Interpreten[78]) sprechen von einer „Art Fiktion". Eine solche stellt die Bestimmung aber schon aus dem Grunde nicht dar, weil in den mit dem Tenor als Einheit aufzufassenden Gründen angegeben werden muß, weshalb eine eindeutige Feststellung nicht möglich und deshalb auch nicht erfolgt ist. Sind doch Fiktionen Rechtssätze, die den Richter anweisen, einen bestimmten Tatbestand a so zu beurteilen, wie wenn ein anderer Tatbestand b vorläge. Das kommt aber hier gar nicht in Betracht. Die vorwiegend gegebene Begründung und Rechtfertigung, nämlich die Rücksichtnahme auf den Angeklagten, ist doch mehr gesucht als stichhaltig. Wer schon einmal die Rechtsordnung verletzt, muß auch die damit verbundenen Nachteile auf sich nehmen. Außerdem bedeutete eine Fiktion der eindeutigen Verurteilung gerade das, was die Einführung der Wahlfeststellung mit Recht beseitigen wollte, nämlich die Vergewaltigung des Beweisergebnisses durch eine eindeutige Feststellung, die ja gerade nicht möglich ist. Auf das Für und Wider der eindeutigen oder alternativen Urteilsformel näher einzugehen, muß ich mir, als außerhalb meiner Aufgabe liegend, versagen. Lediglich die sich aus der prozeßrechtlichen Regelung ergebenden Folgerungen seien erwähnt.

2. Die Folgen der eindeutigen Verurteilung.

Ob der eindeutige Urteilstenor zutreffend ist oder nicht, wird in Anbetracht der Seltenheit der Fälle bei dessen Eintragung ins Strafregister der

77) Bruns a. a. O. S. 286 ff.
78) Z. B. Schäfer in Frank-Nachtrag S. 195.

Richtigkeit und Zuverlässigkeit der Statistik kaum Abbruch tun. Die Eintragung muß allerdings mit einem entsprechenden Vermerk versehen sein, daß das Urteil auf Grund einer Wahlfeststellung ergangen ist; sonst könnte und müßte das Eingetragene für eine spätere strafschärfende Verurteilung, etwa wegen Rückfalls oder Gewerbsmäßigkeit als Unterlage dienen. Die Vortat ist aber mit Bestimmtheit gar nicht eindeutig festgestellt worden und kann deshalb auch nicht die Grundlage für einen späteren Rückfall abgeben. Eine andere Frage ist selbstverständlich die bereits früher beantwortete, ob nämlich die im Strafregister schon eingetragenen Vorstrafen für die Ermittlung des mildesten Gesetzes in der Weise bestimmend sind, daß für Rückfalldelikte beim Vergleich der Strafrahmen der höhere Strafrahmen zur Anwendung kommt. Da es sich bei einem Verstoß gegen das mildeste Gesetz dann natürlich nur um einen Rückfall handeln kann, kommt hier der für den Rückfall vorgesehene Strafrahmen zur Anwendung. Nicht dagegen kann umgekehrt die Eintragung der Wahlfeststellung einen Rückfall begründen, da unsicher ist, ob das eingetragene Delikt begangen wurde. Auch kann der Wahrheitsbeweis bei übler Nachrede im Sinne des § 190 StGB. nicht durch ein solches auf Grund wahldeutiger Tatsachengrundlage erfolgtes Urteil beigebracht werden, weil ja in den Gründen angegeben ist, daß möglicherweise nicht dieses, sondern ein anderes Strafgesetz verletzt wurde. Da die Entscheidung auf Grund einer Alternative zustande kam, kann sie nur mit der Begründung angefochten werden, daß weder das eine noch das andere wahldeutig festgestellte Delikt begangen ist. Nach dem Grundsatz „ne bis in idem" darf nach der Rechtskraft der Entscheidung die im Tenor aufgeführte Tat nicht noch einmal abgeurteilt werden. Da aber nach dem Sinn des Gesetzes bei der Wahlfeststellung Tenor und Urteilsgründe als Einheit aufzufassen sind, müssen in den Fällen mangelnder Tatidentität beide alternativ getroffene Feststellungen als rechtskräftig angesehen werden. Für die Wiederaufnahme des Verfahrens kommen die hierfür allgemein vorgesehenen Voraussetzungen in Frage. Sie erfolgt u. a. zugunsten des Verurteilten, wenn durch neue Tatsachen oder Beweismittel nachgewiesen wird, daß das eine der alternativ festgestellten Delikte nicht begangen worden ist; denn fällt das eine der zur Wahl stehenden Gesetze weg, kann und konnte keine Wahl getroffen werden, und die Wahlfeststellung bricht in sich zusammen. Sieht der Staatsanwalt die Möglichkeit einer Wahlfeststellung voraus, so muß er im Falle mangelnder Tatidentität alternative Anklage erheben; im Falle eindeutiger Anklage ist eine alternative Verurteilung nur zulässig, wenn die Tatidentität gewahrt bleibt. Und schließlich begründet das schwerere der in Frage kommenden Delikte die Zuständigkeit des Gerichts. Denn nach dem Eröffnungsbeschluß steht auch die schwerere Tat zur Aburteilung. Hierdurch wird außerdem eine unnötige Ueberweisung vermieden und dem eigentlichen Zweck der Zuständigkeitsregelung, bei schwererem Delikt größere Garantien für die Richtigkeit der Entscheidung zu bieten, am besten Rechnung getragen.

VII. Zusammenfassendes Ergebnis.

1. De lege ferenda.

Wie die bisherigen Darlegungen gezeigt haben, sind die materiell-rechtlichen wie besonders auch die prozessualen Auswirkungen der Zulassung von Alternativurteilen sehr mannigfach. Und wenn es auch vorläufig noch Schwierigkeiten zu meistern gilt, so stellt die gesetzliche Regelung der Wahlfeststellung doch einen Fortschritt dar und ist deshalb begrüßenswert. Wurde vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß der Täter aus dem mildesten Gesetz bestraft werden soll, so kann man sich über den Wortlaut des Gesetzes nicht hinwegsetzen. Wenn ein auf theoretischem Wege als richtig festgestelltes Ergebnis bei empirischer Betrachtungsweise auf Schwierigkeiten stößt, muß für Abhilfe und Uebereinstimmung gesorgt werden. Vielleicht wird der Gesetzgeber, schöpfend aus der inzwischen gesammelten weiteren Erfahrung, bei der kommenden Strafrechtsreform andere Wege beschreiten. Zum mindesten wäre es wünschenswert, daß er eine jeden Zweifel ausschließende klarere Gesetzesfassung etwa entsprechend dem § 73 StGB. oder aber in dem Sinne brächte, daß der Täter aus dem für ihn im Endergebnis günstigsten Gesetz zu bestrafen sei.

2. De lege lata.

De lege lata ist zusammenfassend folgendes als wesentliches Ergebnis unserer Untersuchung festzustellen:

Auf Grund eindeutiger Anklage und Eröffnung darf bei vorhandener Tatidentität eine alternative Verurteilung zugelassen werden; bei mangelnder Tatidentität ist die Anklageschrift alternativ zu halten, damit eine Alternativentscheidung ergehen kann. Bestrafung erfolgt aus dem mildesten Gesetz, d. h. dem Gesetz, das nach abstraktem Vergleich der in Alternative stehenden Gesetze im konkreten Falle die geringsten Rechtsnachteile bietet. Die Konsequenzen, die sich daraus ergeben, müssen hingenommen werden mit Ausnahme der Rechtsfolgen, deren Anwendung die eindeutige Feststellung eines bestimmten Deliktes voraussetzt, und die für dieses Delikt typisch sind. Hinsichtlich der Nebenfolgen darf dem Angeklagten kein größerer Nachteil erwachsen als bei einer Bestrafung aus dem strengeren Gesetz.

Lebenslauf.

Am 1. Oktober 1908 wurde ich als Sohn des Bürgermeisters Josef Zander und seiner Ehefrau Sophie geb. Wiertz in Zülpich geboren. Ich besitze die deutsche Reichsangehörigkeit, bin arischer Abstammung und katholischer Konfession. In Bad Godesberg besuchte ich das Gymnasium des Aloisiuskollegs, das ich Ostern 1928 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte darauf Rechtswissenschaft an der Universität Bonn, mit Ausnahme des vierten Semesters, das ich an der Universität Berlin verbrachte. Am 21. Dezember 1933 bestand ich am Oberlandesgericht in Köln die erste juristische Staatsprüfung. Der Tag der mündlichen Promotionsprüfung war der 10. Februar 1937. Das Thema der Doktorarbeit wurde von Professor Dr. Graf zu Dohna gestellt.